AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS
TYDSKRIFTE
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA
1995 -06- 1
VAKKODE 340

Aan die Akademiese Inligtingsdiens geskenk deur:
REGTER F.L.H. RUMPFF
Maart 1995

BAND 53 NOMMER 1 FEBRUARIE 1990

JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

THR

Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg

Redakteur
J NEETHLING BA LLM LLD

Assistent-redakteurs
JM Potgieter B lur LLM LLM LLD
Gretchen Carpenter BA (Hons) LLB
CJ Nagel BA LLD

Butterworths

BAND 53 NOMMER 1 FEBRUARIE 1990

HR HR

REDAKSIONEEL

Intekengeld; Register 1

ARTIKELS

A new deal for environmental conservation: aspects of the Environment Conservation Act 73 of 1989
by A Rabie 2

Renteberekening, regshervorming en die Woekerwet 73 van 1968
deur NJ Grové 28

Is a right of rescission subject to extinctive prescription?
by MM Loubser 43

Lewering van die dokument waaruit die reg blyk as geldigheidsvereiste vir sessie
deur AN Oelofse 61

The evolution of the closest (most significant) connection in the conflict of laws
by E Spiro 74

AANTEKENINGE

Die Wet op die Beheer oor Trustgoed 57 van 1988
deur A Roos 84

Pleit van skuldig: artikel 121 van die Strafproseswet 51 van 1977
deur CJ Olivier 92

Some general remarks on the concept "best interests of the child"
by J Heaton 95

Die eindbestemming van die dekonkretiseringsproses in die strafreg
deur JMT Labuschagne 99

Die reg op die verdienvermoë en die reg op die korrekte inligting as selfstandige subjektiewe regte
deur J Neethling 101

VONNISSE

Vereistes vir eiendomsverkryging by wyse van *accessio* (*inaedificatio*) van roerende sake by onroerende sake
Sumatie v Venter en Hessels 106

The nature of trade-in agreements
Mountbatten Investments (Pty) Ltd v Mahomed 116

Growth by stifling
Government of Bophuthatswana v Segale 121

"Spesifieke nakoming" in die administratiefreg
Traube v Administrator Transvaal 126

Locus standi in judicio van persone wat nakoming van beperkende voorwaardes eis: regsaard van beperkende voorwaardes
Malan v Ardconnel Investments (Pty) Ltd 130

BOEKE

DS Ribbens *The personal fiduciary character of members' inter se relations in the incorporated partnership* 137

GF Lubbe en CM Murray *Farlam and Hathaway: Contract – cases, materials and commentary* 138

J Neethling, JM Potgieter en PJ Visser *Deliktereg* 140

MS Omar *The Islamic law of succession and its application in South Africa* 143

RC Laurens *Inleiding tot die studie van aktebesorging* 145

DSP Cronjé en A Roos *Erfreg vonnisbundel – Casebook on the law of succession* 147

JC Bekker *Seymour's customary law in Southern Africa* 148

G Paddock *Wet op Deeltitels 95 van 1986* 149

P Bromley and NV Lowe *Bromley's family law* 150

AANKONDIGINGS

Butterworths-prys 1

Lidmaatskap: Vereniging Hugo de Groot 60

Digitized by the Internet Archive
in 2017 with funding from
University of Pretoria, Library Services

https://archive.org/details/tydskrifvirheden53neet

BAND 53 NOMMER 2 MEI 1990

HR HR

ARTIKELS

Die mededingingsprinsiep en die *boni mores* as onregmatigheidsnorme by onregmatige mededinging
deur HJO van Heerden 151
Die Nederduitse Gereformeerde Kerk en die doodstraf – is 'n stem wat in die woestyn roep noodwendig die stem van 'n profeet?
deur JH van Rooyen 161
The two new codes of Zulu law
by JC Bekker 180
Die verbod op die oploop van rente *ultra duplum* – 'n konkretisering van die norm van *bona fides*?
deur GF Lubbe 190
Legal philosophy as a political tool in South Africa
by AJGM Sanders 203
Die geskiedkundige agtergrond van die militêre reg
deur MM Oosthuizen 211

AANTEKENINGE

Die geldigheid van handelinge wat in stryd met 'n statutêre verbod verrig is
deur JG Lotz 225
Is juridiese barbarisme ons voorland?
deur DH van Zyl 229
Hangende appèlle, vonnisbesprekings en minagting van die hof
deur FFW van Oosten 234
Die *condictio furtiva* en die besitsaksie
deur AJ van der Walt 238
Administrative structures for the protection of human rights
by JA Frowein 250
Enkele opmerkings omtrent die misdaad *crimen laesae majestatis*
deur CR Snyman 259

VONNISSE

Feitelike en juridiese kousaliteit
S v Mokgethi 267
Artikel 82 van die Insolvensiewet 24 van 1936 en *bona fides*
Mookrey v Smith 273
Krisis in Carletonville: die bohaai oor die parke
Waks v Jacobs en Stadsraad van Carletonville 279
Hof se bevoegdheid om bloedtoetse in vaderskapgedinge te gelas
M v R 285
Relatiewe privilegie as verweer by laster: onware bewerings en die rol van motief
McPhee v Hazelhurst 289

BOEKE

SR van Jaarsveld *Suid-Afrikaanse handelsreg* 293
T Poolman *Equity, the courts and labour relations* 297
Ramanlal Soni *Control of marine pollution in international law* 299
CR Snyman *Criminal law* 300
HJ Erasmus en OJ Barrow *Die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959 en die Wet op Landdroshowe 32 van 1944* 301
K Gray *Elements of land law* 301

BAND 53 NOMMER 3 AUGUSTUS 1990

HR
HR

ARTIKELS

Die dood van die volmaggewer of die gevolmagtigde en die volmag
deur DJ Joubert 303

The doctrine of subjective rights: a critical reappraisal from the fringes of property law
by AJ van der Walt 316

The true origin of the South African remedy for the release of a person unlawfully detained
by Jérold Taitz 330

Die regsvoorwerp by mediabeheer ingevolge artikel 47(2)(a) van die Wet op Publikasies 42 van 1974
deur HB Klopper 340

The status of acts done contrary to statutory provisions
by GE Devenish 359

AANTEKENINGE

Provision for affirmative action in a bill of rights
by HJO van Heerden 372

Enkele aspekte van die statutêre beheer oor die minimum ledetal van 'n maatskappy
deur L de Koker en JJ Henning 375

Registrasievereistes met betrekking tot trustgrond: nog 'n nuwe registrasiewyse?
deur Gerrit Pienaar 383

Dekriminalisasie van laster
deur JMT Labuschagne 391

Verlore reisigerstjeks
deur JC Burger 397

Enkele opmerkings oor die Christelike fundering (en verwerping) van menseregte
deur LM du Plessis 403

Menseregte: verwyder die skyn van Christelikheid ('n antwoord op professor LM du Plessis se kritiek)
deur JM Potgieter 413

VONNISSE

Militêre reg: *rara avis* of *contradictio in terminis*?
Mönnig v Council of Review 423

Huwelik in die ope lug: artikel 29(2) van die Huwelikswet 51 van 1961 in historiese perspektief
Ex parte Dow 433

Comfort letters
Kleinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corporation Berhad 436

Nominale onderhoud
Qoza v Qoza 442

BOEKE

Adrienne van Blerk *Judge and be judged* 449

JRL Milton and MG Cowling *South African criminal law and procedure Vol III: statutory offences* 453

AJE Jaffey *Introduction to the conflict of laws* 455

JC Smith en B Hogan *Criminal law* .....

Juta *Familiereg-wetgewing Band I: Kinders/Family law legislation Vol I: Children* .....

CFC van der Walt *Die aard en plek van eierigting in die regsisteem* .....

BAND 53 NOMMER 4 NOVEMBER 1990

HR HR

REDAKSIONEEL

..... 463

JC de Wet† 462 487

ARTIKELS

Audi alteram partem in die Suid-Afrikaanse administratiefreg: 'n uitweg uit die doolhof?
deur AWG Raath 464

Die beskerming van handelsgeheime in die deliktereg
deur JC Knobel 488

Het daar 'n *"fraus legis*-reël" in die Romeinse reg bestaan?
deur A Derksen 502

Ou Testamentiese geregtigheid in Westerse regsperspektief - 'n verkennende eksistensiële vergelyking
deur LM du Plessis 522

AANTEKENINGE

Enkele aspekte van die statutêre beheer oor die maksimum ledetal van 'n beslote korporasie
deur L de Koker en JJ Henning 547

A legal practitioner's liability towards a client's adversary
by JR Midgley 553

Regsobjekte sonder ekonomiese waarde en die irrasionele by regsdenke
deur JMT Labuschagne 557

Does the widow of a foreign customary union have a claim in delict?
by JA Julyan 562

Structuring a close corporation not for gain
by MFR Bleimschein and JJ Henning 567

Suid-Afrikaanse regstydskrifte - 'n verkennende bibliografie
deur PD de Kock 570

VONNISSE

Onregmatige mededinging: onregmatigheidskriteria, aanklamping ("passing off"), aanleuning ("misappropriation"), erosie ("dilution") en die reg op die reklameteken
Union Wine Ltd v E Snell and Co Ltd 578

Nasionale state: ongeldigheid van wetgewende maatreëls
De Welzim v Minister of Law and Order, KwaZulu; Attorney-General, Natal v Mngadi; Machika v Staatspresident 587

Die toepassing van die Wisselwet om vaderskap te bepaal en van die Romeins-Hollandse reg op berging
Reck v Mills 595

Dwaling in die kousale verloop by opset
S v Goosen 601

Die betekenis van die uitdrukking "Refer to drawer" op tjeks
Alvern Cables Pty Ltd v Dynamis (Pty) Ltd 609

Literalisme: stuit en onttrek, of 'n nuwe offensief?
Public Carriers Association v Toll Road Concessionaries 614

Okkupasie van huurpagpersele
Vumane v Mkize 618

Locus standi and town planning schemes
Bedfordview Town Council v Mansyn Seven (Pty) Ltd 622

BOEKE

TW Bennett *et al* (red) *Law and medicine* 626

A Matthaeus *De Criminibus* 631

TW Bennett *et al* (eds) *Law under stress - South African law in the 1980s* 634

S Scott (reds) *Sessie in securitatem debiti - quo vadis?* 638

AJ Rycroft (ed) *Race and the law in South Africa* 639

JG Riddall *Introduction to land law* 641

Redaksioneel

Intekengeld Intekenaars op die *Tydskrif* is seker maar al te bewus daarvan dat die prys van die *Tydskrif* – soos dié van ander regstydskrifte – jaarliks verhoog word en dat die *Tydskrif* vanjaar R62,00 kos. Alhoewel die prysstygings te betreur is, is dit nietemin onvermydelik, enersyds omdat inflasie voortdurend sy tol eis, maar andersyds ook omdat die aantal bladsye wat die *Tydskrif* beslaan, feitlik elke jaar toeneem. Die afgelope twee jaar het die *Tydskrif* trouens van 500 tot 600 bladsye gegroei en ons beoog om vanjaar 'n *Tydskrif* van ongeveer 630 bladsye te hê.

Vanjaar is die prysstyging egter effe skerper as in die verlede. Die rede hiervoor is hoofsaaklik dat die *Tydskrif* deur die jare opmerklik goedkoper as ander regstydskrifte gebly het en derhalwe prysgewys 'n agterstand opgebou het. Die prysverhoging was dus noodsaaklik ten einde dié agterstand uit te wis. Intekenaars sal nietemin merk dat die *Tydskrif* se intekengeld relatief steeds baie gunstig met dié van sy eweknieë vergelyk en dat R62,00 vir 'n regswerk van die gehalte en omvang van die *Tydskrif*, so glo ons, 'n winskoop bly.

Register Die register van die *Tydskrif* is in die verlede saam met die November-uitgawe aan intekenaars versend. Om doelmatigheidsoorwegings sal die register voortaan by die Februarie-uitgawe van die volgende jaar ingesluit word. Indien enige probleme in hierdie verband ervaar word, kan u met die uitgewer (Butterworths) in verbinding tree.

JOHANN NEETHLING

BUTTERWORTHS-PRYS

Dit doen die redaksie genoeë om aan te kondig dat die Butterworths-prys vir die beste eersteling-bydrae van 1989 toegeken is aan:

Dr GTS Eiselen
Potchefstroomse Universiteit vir CHO.

A new deal for environmental conservation: aspects of the Environment Conservation Act 73 of 1989

André Rabie
BA LLD
Professor of Criminal Law, University of Stellenbosch

OPSOMMING

'n Nuwe bedeling vir omgewingsbewaring: aspekte van die Wet op Omgewingsbewaring 73 van 1989

Die Wet op Omgewingsbewaring 73 van 1989 kan waarskynlik vandag as die belangrikste omgewingswetgewing beskou word, alhoewel dit geensins op 'n kodifikasie van die Suid-Afrikaanse omgewingswetgewing neerkom nie. Die wet skep 'n nuwe bedeling vir omgewingsbewaring deur die reëling van 'n aantal belangrike aspekte te magtig wat voorheen nie aan beheer onderworpe was nie. So maak die wet voorsiening vir die daarstelling van 'n bindende omgewingsbeleid en beheer oor handelinge wat 'n nadelige invloed op die omgewing kan hê. Verder word twee nuwe kategorieë bewaringsgebiede geskep, terwyl magtiging vir die beheer, hoofsaaklik deur regulasies, van geraas en afval verleen word. Beheer oor die kusgebied word voortaan uitgeoefen deur die skepping van beperkte ontwikkelingsgebiede. Dit sou waarskynlik egter bevredigender gewees het indien bewaringsgebiede, geraas, afval en die kusgebied elk op sigself kragtens afsonderlike wette beheer was, aangesien elkeen 'n sodanig omvattende onderwerp daarstel – wat boonop tans ook deur ander wetgewing beheer word – dat 'n gekonsolideerde afsonderlike reëling gewens sou wees. 'n Belangrike positiewe faset van die wet is dat dit uitvoerig voorsiening maak vir openbare deelname in administratiewe besluitneming. Ten slotte is dit opmerklik dat die wet grootliks uit magtigende bepalings bestaan, wat beteken dat sy potensiële doeltreffendheid feitlik geheel en al afhang van implementering deur die betrokke owerheidsorgane.

1 TITLE AND SCOPE

A prominent feature of South African environmental legislation is its diffuse nature, with provisions being contained in an extremely wide variety of parliamentary acts, provincial ordinances, local by-laws and ministerial regulations. In other words, there never has been a single statutory instrument which comprehensively codifies environmental law, nor is its materialisation ever likely or even feasible.[1] The Environment Conservation Act 100 of 1982, in spite of its all-embracing title, in fact regulated only a few environmental aspects. The

1 Cf Fuggle & Rabie (Eds) *Environmental concerns in South Africa* (1983) 35–36.

1989 act considerably extends the scope of the 1982 act, but in no way constitutes a codification; the title accordingly remains misleading.

2 THE CONCEPT "ENVIRONMENT"

The concept "environment" plays a key role in the act. It gives content to, and serves to delineate the scope of a number of provisions, especially those concerning the determination of policy,[2] the respective roles of the Council for the Environment[3] and the Committee for Environmental Management,[4] and the submission of environmental impact reports with regard to the control of activities which may detrimentally affect the environment.[5]

For the first time in South Africa, a legislative attempt is made to define the concept "environment". In terms of the act, it means the aggregate of surrounding objects, conditions and influences that influence the life and habits of man or any other organism or collection of organisms.[6] This more or less corresponds to the dictionary meaning of the concept and is about as all-embracing as may be imagined. That a wide definition was intended, may be inferred from the qualification of the concept in certain provisions, namely natural environment,[7] man-made environment[8] and physical environment.[9] Mostly, however, "environment", when referred to in the act, is not qualified.[10]

It may be useful, from an official perspective, to employ a comprehensively defined version of the concept "environment", since it empowers administrative action in respect of almost anything. It is indeed difficult to imagine any activity that may not be subjected to control by the act. However, apart from rendering the act open to use for almost any purpose, such a comprehensive definition of the concept may serve to undermine the entire conservation effort and the development of environmental law as a separate discipline. After all, almost every legal precept concerns a surrounding object, condition and influence that influence the life and habits of man or any other organism; in consequence, all law would qualify as environmental law.[11] It is submitted that "environment" should have a more restricted meaning, comprising only the interrelationship between man and his *natural* environment.[12]

3 PUBLIC PARTICIPATION IN ENVIRONMENTAL AFFAIRS

Environmental affairs, par excellence, concern issues in which the broad public as well as informed individuals often display a particular interest. This is due, in large measure, to the fact that the state of the environment affects everyone to a greater or lesser degree.

---

2 S 2(1).
3 S 5.
4 S 13.
5 S 21(1) 22(2) 23(3).
6 S 1(x).
7 S 2(1)(a) 26(a)(iii); cf also s 16.
8 S 26(a)(iii).
9 S 26(a)(ii).
10 S 1(viii) 1(ix) 2(1)(b) and (c) 21(1) 22(2) 23(3) 24(k) 26(b) 27(c).
11 Cf Cowen "Toward distinctive principles of South African environmental law: some jurisprudential perspectives and a role for legislation" 1989 *THRHR* 11.
12 Cf Fuggle & Rabie *supra* fn 1 2.

3 1 Public participation in parliamentary legislation

The 1989 act (hereafter referred to as the act), as well as its predecessor, was preceded by extensive deliberations. The 1982 act followed on the publication during 1980 of a white paper on a National Policy regarding Environmental Conservation.[13] Subsequently, also during 1980, an Environmental Conservation Bill was published for general information and comment.[14] The Environment Conservation Bill 39 of 1981 was thereafter read a first time in parliament, but was not further proceeded with. Instead, a select committee of the House of Assembly was appointed early in 1981 to inquire into and report on the bill. The committee was later reconstituted as a commission of inquiry into environmental legislation. In spite of the wide scope of its assignment, the commission dealt only with the 1981 bill, and, in its turn, during 1982 submitted its own Environmental Conservation Bill, incorporating its recommendations.[15] Subsequently the Environment Conservation Bill 100 of 1982 was submitted to parliament and eventually the Environment Conservation Act 100 of 1982 was promulgated.

The new act, likewise, resulted from a process of intense analysis and discussion. This is reflected in the three official bills and the one unofficial bill that preceded the act. The first draft bill was published for general information and comment in May 1987,[16] while the second bill followed in October of that year.[17] A third draft bill was prepared early in 1988 but was not published. Eventually, the Environment Conservation Bill of 1989 was published in final version.[18] After some amendments, initiated by the Joint Committee on Environment Affairs, the Environment Conservation Act 73 of 1989 was finally promulgated. This extensive effort in the drafting and redrafting of draft parliamentary legislation, accompanied by ample opportunities for public comment, is quite remarkable. The two acts were preceded by a total of some eight bills, of which three were published to elicit public comment. Moreover, a white paper provided the initial basis for the first act, while a commission of inquiry also offered an opportunity for public contributions. This effort sets a commendable example in inviting public participation in parliamentary legislation – something which is not at all familiar in South Africa, and, it need hardly be noted, is not obligatory. The benefits of such public participation are obvious.[19] In keeping with the democratic spirit which accompanied the establishment of the act, provision is made in the act for public participation in several respects.

3 2 Public participation in subordinate legislation and other administrative decision-making

The act provides ample opportunities for the articulation of the public's interest in a variety of actions of several bodies. In the first place, a draft notice, published in the Gazette or the Official Gazette, is required if the Minister of Environment

---

13 WPO/1980.
14 Notice 521 of 1980-07-25.
15 RP 10/1982.
16 Notice 353 of 1987-05-29.
17 Notice 798 of 1987-10-30.
18 B 60–89 (GA).
19 Cf Fuggle & Rabie *supra* fn 1 52–54 in respect of public participation in administrative decision-making. It is submitted that the motivation for such participation in legislation is even stronger since legislative precepts are of general application and endure over a long period.

Affairs, the Minister of Water Affairs, an administrator or any local authority intends to issue a regulation or a direction in terms of the act, or to declare an area as a protected natural environment, a special nature reserve or a limited development area, or to identify certain activities or to determine an environmental policy.[20] The publication of the draft notice is aimed at eliciting public comment on the proposed administrative action in question.[21] Although it is obvious that this should be the case, the act nevertheless does not expressly oblige the administrative body concerned to consider the comments that have been received. Without such consideration, the whole exercise, of course, will be meaningless. It would probably be preferable, *ex abundanti cautela*, explicitly to provide, as has been done in the act with regard to comments on the proposed declaration of an area as a limited development area,[22] that the comments and representations in question must be considered by the decision-making body concerned. Failure by such body duly to apply its mind to such comments and representations may conceivably result in its decision being set aside on review.

The above provision is to be heartily welcomed in principle as a most refreshing innovation. It is doubtful whether any other South African legislation provides more extensive opportunities for public comment and representations in respect of administrative decision-making.

There can be hardly any argument about the many advantages associated with opportunities for public participation in administrative decision-making.[23] Such advantages include potentially improved decision-making owing to broadened environmental perspectives as well as improved public compliance with such decisions.

4 MULTIPLE ADMINISTRATIVE JURISDICTION IN RESPECT OF ENVIRONMENTAL AFFAIRS

4 1 The problem

Most government departments, at all levels, as well as other administrative bodies are in some way or another involved in the administration of environmental affairs.[24] Nevertheless, the Minister and the Department of Environment Affairs have been specially commissioned to administer environmental affairs. A potential overlap or conflict of jurisdiction accordingly arises.

Moreover, policies made and executed by development-oriented administrative bodies often lie at the root of environmental pollution and the degradation and depletion of natural resources, problems which have to be addressed by conservation-oriented administrative bodies. However, the latter bodies usually are not involved in the formulation of policy and the decision-making by the former bodies. The autonomy and independence of government departments have served further to exacerbate the problem, bringing about a situation in which administrative bodies responsible for the making of policy decisions have become institutionally separated from those having to attend to the effects of

20 S 32(1).
21 S 32(2).
22 S 23(4)(c); cf par 6 2.
23 Cf Fuggle & Rabie *supra* fn 1 52–54.
24 Cf *idem* c 6.

such decisions.[25] Furthermore, this has eventually led to a most unfortunate separation between economics and ecology to the detriment both of economic development and of environmental conservation.

4 2 The challenge

It has been shown that development cannot subsist upon a deteriorating environmental resource base and that the environment cannot be conserved when economic growth leaves out of account the costs of environmental degradation and destruction.[26] The ideal, therefore, is to achieve economic growth upon an environmental foundation which can sustain such growth – in short, to strive towards sustainable development. The institutional strategy to achieve this aim, simultaneously constituting what has been referred to as "the chief institutional challenge of the 1990s",[27] requires that

> "the ecological dimensions of policy be considered at the same time as the economic, trade, energy, agricultural, industrial, and other dimensions – on the same agendas and in the same institutions".[28]

Different responses to this challenge may be identified.

4 3 Co-ordination of environmental administration

The first solution to the problem, dating back to the early 1970s, was attempted through the function of co-ordination, which was entrusted to what has now become the Minister and Department of Environment Affairs. This function was of an overarching nature and involved the integration and harmonisation of the actions of the various public bodies that administered environmental affairs. However, the minister's function of co-ordination did not entail the power to come to any binding decision in respect of the actions of administrative bodies, other than his own department, which were the subject of such co-ordination. This would seem to have been the position at least as far as administrative bodies at central government level were concerned. After all, the Minister of Environment Affairs holds a limited portfolio and thus cannot undertake actions that involve aspects relating to the portfolio of another minister. The minister does indeed now hold the most important portfolio as far as environmental affairs are concerned, but, as has been mentioned, almost all other government departments are to a greater or lesser extent involved in actions that have a bearing upon the environment. The minister, in performing his function of co-ordination, would, at the most, seem to have had advisory powers. This would seem to be an inevitable consequence of our constitutional dispensation according to which one government department cannot dictate to another such department at national level. The memorandum accompanying the 1989 bill also identified this deficiency, namely that there was no effective way in which co-ordinated action regarding environmental conservation of all governmental bodies concerned could be directed. Apart from this aspect, an

---

25 *Our common future* The world commission on environment and development (1987) 39 310.

26 *Our common future supra* fn 25 37; see also in general the *Report of the Planning Committee of the President's Council on priorities between conservation and development* PC 5/1984.

27 *Our common future supra* fn 25 313.

28 *Ibid.*

unwarranted environmental bias would be built into the system of government if the Minister of Environment Affairs should be granted overriding powers.

4 4 Co-operative governmental decision-making

Another way in which state action may be authoritatively harmonised, allowing for a homogeneous treatment of environmental problems, is through co-operative decision-making by the bodies involved. In this way, some of the objections referred to in the previous paragraph may be met. The act provides for such decision-making: in certain instances the concurrence of particular bodies is required before a particular environmental action which the act authorises, may be performed, while in other cases the act merely requires that certain bodies be consulted. Such provisions concern the determination of policy,[29] the declaration of protected natural environments[30] and the issuing of related directions,[31] the declaration of special nature reserves,[32] the identification of certain activities,[33] the declaration of limited development areas[34] and the making of certain regulations.[35] Where consultation of concerned bodies is required, it may slow down the decision-making process, but holds the potential for improved decision-making as well as for improved co-operation between the bodies concerned. In the final analysis, however, it would still amount to one administrative body exercising overriding powers over others. Where concurrence is required, a potentially similar situation prevails, except for the important difference that, since the principle of departmental autonomy is recognised, the refusal of but one minister to agree, may entirely frustrate the intentions of the body seeking to achieve a conservation objective.

4 5 Environmental policy

Perhaps potentially the most promising strategy to ensure a sound environmental base upon which development may proceed, is provided by the authoritative determination of an environmental policy with which all administrative bodies should comply. The provision of a binding national environmental policy seems essential in view of the wide-ranging, fragmented and diffuse nature and treatment of environmental issues. Moreover, it is a prerequisite for effective environmental impact assessment, as will be shown.[36] There are different methods by which the establishment and enforcement of an environmental policy may be accomplished.

4 5 1 Policy in white paper

During 1980, the government published a white paper on a National Policy regarding Environmental Conservation.[37] This white paper signalled an official commitment to recognise and resolve some of the more serious environmental

29 S 2(2).
30 S 16(1)(b).
31 S 16(2)(b).
32 S 18(2)(c). Cf also s 18(4)(a) and (b).
33 S 21(3).
34 S 23(4)(d).
35 S 28(i).
36 Par 6 3.
37 WPO/1980.

problems that South Africa had to contend with. However, a white paper merely represents a declaration of intention and has no legal force. It does not serve as an obligatory guide-line for administrative actions that affect the environment. In fact, it cannot even be used in the interpretation of legislation in terms of which actions affecting the environment are undertaken.

4 5 2 Administrative policy without statutory basis

Environmental policy directives may be announced administratively, independent of statutory authorisation, even at the highest level in the form of a cabinet resolution. Although such policy guide-lines may be enforced internally as regards the administration through the remedies for administrative insubordination, they cannot be enforced against the public, since they would lack the necessary legal foundation.[38] Moreover, there would be no remedy available to the public to ensure that the guide-lines would in fact be complied with. Furthermore, they would normally come about through administrative announcement, allowing no scope for public participation in respect of their contents.

4 5 3 Administrative policy as subordinate legislation

4 5 3 1 General

This is the approach adopted by the act. The Minister of Environment Affairs is empowered by notice in the gazette to determine (or to amend or withdraw[39]) the general policy to be applied with a view to

(a) the protection of ecological processes,[40] natural systems and the natural beauty as well as the preservation of biotic diversity in the natural environment;

(b) the promotion of sustained utilisation of species and ecosystems[41] and the effective application and re-use of natural resources;

(c) the protection of the environment against disturbance, deterioration, defacement, poisoning or destruction as a result of man-made structures, installations, processes or products or human activities; and

(d) the establishment, maintenance and improvement of environments which contribute to a generally acceptable quality of life for the inhabitants of the RSA.[42]

The subjects in respect of which policy may be made, are phrased in an extensive manner, allowing ample scope and flexibility for the formulation of a comprehensive environmental policy. Although it seems clear that the act does not require a single policy, but that various policies may be determined with regard to the various aspects enumerated, it does create the impression that such policies must apply to the entire country, being general policies. This may not always be practical, since different areas may require different policies.

---

38 Rabie & Van Zyl Smit "The nature and effect of legislative and quasi-legislative administrative acts" 1988 *SA Public Law* 193; 1989 *SA Public Law* 74.
39 S 2(3).
40 Defined in s 1(viii).
41 Defined in s 1(ix).
42 S 2(1).

4 5 3 2 Determination of policy

The minister does not determine such policy on his own. He may do so only after consultation with the Council for the Environment and the administrator of each province; moreover, he must obtain the concurrence of each minister charged with the administration of any law which in the opinion of the minister (of Environment Affairs), relates to a matter affecting the environment and of the Minister of Finance and the Minister of Economic Affairs and Technology.[43] Reference has been made to the fact that almost every ministry is involved in the administration of environmental legislation.[44] With the addition of the two further ministries, it would, for all practical purposes, mean that the entire cabinet's consent is required for the determination of policy.

The determination of policy may prove to be difficult to accomplish in practice. First, there is no compulsion on the Minister of Environmental Affairs to determine environmental policy. Moreover, seeking to obtain the concurrence of the many bodies which the act obliges the minister to do, may lead to inordinate delays and at worst to positive obstruction, even on the part of a single body. On the other hand, however, it should be noted that the alternative, namely that the minister may be empowered on his own to determine environmental policy which should nevertheless be binding on all other bodies, would breach the constitutional principle of ministerial and departmental parity, which has been referred to above,[45] besides introducing a potential environmental bias.

4 5 3 3 Contents of policy

The contents of the policy naturally is of crucial importance. There is, however, no guarantee that the policy which is eventually formulated will indeed be satisfactory from an environmental perspective. It is true that ample opportunity is afforded for public representations in respect of draft policy[46] and that the Council for the Environment and the various administrators need to be consulted in the process. Such input, valuable though it undoubtedly may be, nevertheless is merely of an advisory nature. The problem which is foreseeable, is that the minister, in seeking to obtain the required concurrence of the bodies mentioned in the act, may be obliged to resort to environmentally unacceptable compromises. It is acknowledged that a compromise needs to be effected between development and environmental conservation, but there is little, if any, pressure on development-oriented ministries that administer laws relating to the environment, to concur with the minister's framed policy.

Although no provision is made in the act for control over the contents of a policy once it has been determined, a measure of such control may conceivably be effected through the common-law remedy of judicial review. The general policy would seem to amount to subordinate legislation. However, the grounds upon which such legislation may be invalidated on review, notably those of unreasonableness and vagueness, provide little scope for applicants who are dissatisfied with the policy from an environmental perspective. Besides, the requirement of *locus standi* will be difficult to satisfy.

---

43 S 2(2).
44 Par 4 1.
45 Par 4 3.
46 Par 3 2.

4 5 3 4 Enforcement of policy

The next issue relates to the mechanism whereby such policy, once determined, may be enforced. The act provides that each minister, administrator, local authority and government institution upon which any power has been conferred or to which any duty has been assigned in connection with the environment by or under any law, must exercise such power and perform such duty in accordance with the above-mentioned policy.[47] The act explicitly states that its provisions bind the state.[48] Although an obligation is hereby introduced to comply with the policy, the act itself does not buttress this provision with a sanction for those who should fail to act in accordance with the policy. Nor, it would seem, would such failure amount to misconduct in terms of the Public Service Act 111 of 1984,[49] which would have activated certain provisions governing action that may be taken in response to such misconduct.[50]

The above policy provision – if it in fact results in the determination by the minister of a satisfactory general environmental policy – may nevertheless have far-reaching implications for administrative decision-making. Our law, by and large, has failed to oblige administrative bodies to consider the environmental implications of their actions; worse, it mostly has failed even to authorise them to do so. The determination of an environmental policy in terms of the act can eliminate these shortcomings, since a duty is thereby cast upon every minister, administrator, local authority and government institution which performs functions in connection with the environment, to do so in accordance with that policy. This means that the various administrative-law remedies are available in principle to ensure that the policy is taken into consideration as far as administrative decision-making is concerned.

In this connection, it seems necessary to distinguish between two aspects, namely the administrative body's awareness and consideration of the policy and its action in accordance with it. Should the body be unaware of the policy or fail to take it into account in the exercise of its powers or the performance of its duties, its action may be set aside on review for failing duly to apply its mind to a relevant matter. Likewise, an interdict may be obtained to restrain actions in violence of the above provision, or a mandamus may be granted whereby an administrative body is required to comply with its above-mentioned statutory duty. Judicial redress, however, may be sought only by a person who has the necessary *locus standi* and it seems unlikely that conservationists will meet this requirement purely by virtue of their concern for the potential environmental effect of the administrative action in question.

As far as the second aspect is concerned, it is uncertain whether judicial review would be available as a remedy to determine whether the relevant administrative act was in fact performed in accordance with the policy. Normally the review court would refuse to become involved in ruling on the merits. The proper remedy in such an instance is regarded as an appeal, either to a court of law or to an administrative tribunal, for which, however, no provision is made in the Environment Conservation Act. On the other hand, the relevant enforcement

47 S 3.
48 S 40.
49 Cf s 19.
50 S 20.

provisions of the second[51] and third[52] draft bills provided that administrative bodies must properly *consider* the policy in the execution of their official powers. This would have corresponded to the above interpretation that judicial review would be restricted to controlling only the awareness or consideration of the policy in question. Since the 1989 bill[53] and the act [54] now provide that powers should be exercised and duties performed *in accordance with* the policy, a change in meaning seems to have been intended, namely that the actual performance of the administrative body concerned should match the policy. The obvious intention of the legislature is that the determined environmental policy must in fact influence administrative actions affected by that policy. If this provision is to constitute more than a mere guide-line, the court's review power should also extend to measuring administrative performance against the environmental policy.

While the enforcement of policy is being discussed, it should be noted that the first three draft bills contained further enforcement devices, which have been excised by the 1989 draft bill and the act. The above-mentioned bills, although varying slightly from one to another, provided that there has to be consultation between the minister and the authority responsible for the preparation of any draft legislation which concerns a matter in respect of which an environmental policy has been determined.[55] Moreover, they provided that all laws should be interpreted and administered in accordance with the policy in question.[56] It seems unfortunate that these draft provisions failed to find their way into the act, since they undoubtedly would have strengthened the enforcement of the policy provision.

The duty to act in accordance with the environmental policy extends much further than to administrative bodies only. It may, in fact, be imposed upon any body: "government institution" is defined in the act as any body, company or close corporation established by or under any law or any other institution or body recognised by the minister by notice in the gazette.[57] The extension of the duty to comply with the policy to the private sector, where functions are performed in terms of law, is to be welcomed. Obviously, compliance with the policy should be universal, otherwise such policy cannot be expected to achieve the desired results. It is nevertheless strange, at least from a semantic perspective, that private bodies should be labelled "government institutions" in order to be bound by the act. It is uncertain how the policy provision would be enforced against such bodies, since failure to comply with the policy, as has been mentioned, is not buttressed by any sanction in the act. Presumably such failure may be taken into account as a factor in determining the lawfulness of the body's conduct in a private-law context. Where the body concerned is not an administrative body, the above administrative-law remedies, of course, would not be applicable.

---

51 Notice 798 of 1987-10-30 cl 3(1).
52 Unpublished bill cl 4(1).
53 B 60–89 (GA) cl 3.
54 S 3.
55 Cl 3(2) of the first two drafts and cl 4(2) of the third draft.
56 Cl 3(3) of the first two drafts and cl 4(3) of the third draft. The latter draft refers only to principles contained in the act and omits the reference to policy.
57 S 1(xii).

4 5 4 Policy determined by legislature

The United States of America, through its National Environmental Policy Act of 1970, opted for the determination of environmental policy not by the executive, as in South Africa, but by the national legislature.[58] In other words, the national environmental policy has been laid down in the act itself. This has the advantage that the establishment of a satisfactory policy cannot be frustrated by executive failure. Moreover, objections of inflexibility have been forestalled by the formulation of a broad general policy, leaving room for administrative discretion in balancing environmental interests against the need to be served by the proposed action. The act contains a number of so-called "action forcing" procedures designed in order to ensure that the policy is implemented.[59]

5 STATUTORY BODIES

The act establishes two bodies, the Council for the Environment and the Committee for Environmental Management. The Council for the Environment has its origins in a non-statutory advisory committee, established in the early 1970s, known as the South African Committee on Environmental Conservation, and renamed the Council for the Environment in 1975. The council was reconstituted as a statutory body by the Environment Conservation Act of 1982 and is now again being reconstituted in terms of the new act.[60] The council, in essence, is an advisory body which advises the minister on any matter relating to policy and generally any matter which the minister refers to it or which it itself deems necessary.[61]

The Committee for Environmental Management[62] is a continuation and extension of the National Committee for Nature Conservation (NAKOR) which has, on its own initiative, played an important role in the co-ordination of nature conservation during the past 15 years.[63] The dual function of the committee is, on the one hand, to advise the Director-General of Environment Affairs on any matter affecting activities which may influence the protection and utilisation of the environment, and, on the other hand to co-ordinate and promote the implementation of the act's provisions.[64]

There is a clear difference in the constitution of the council and of the committee. While the former consists of persons appointed on account of their environmental expertise,[65] the latter consists of representatives from government and semi-government institutions.[66] However, while only the council's advice relates to policy, the line of demarcation between these bodies' general advisory functions is not entirely clear. Moreover, it is not clear how the committee's function of co-ordination and promotion of the act's provisions is to be distinguished from that of the Minister and Department of Environment Affairs.

---

58 Cf generally Rabie "Disclosure and evaluation of potential environmental impact of proposed governmental administrative action" 1976 *THRHR* 40.
59 *Ibid.*
60 S 4.
61 S 5(1)(a) and (b).
62 S 12.
63 Cf the memorandum accompanying the 1989 bill par 7.
64 S 13(a) and (b).
65 S 6(1).
66 S 14(1).

The establishment of two further bodies is envisaged by the act. The minister is obliged from time to time to appoint a Board of Investigation[67] (which is discussed below[68]), while an administrator may establish a management advisory committee in respect of a protected natural environment[69] to advise him with regard to the control and management of such an area.[70]

6 CONTROLLED ACTIVITIES

Two sets of similar provisions govern the control of activities which may have a detrimental effect upon the environment. In both instances primary control is effected by the Minister of Environment Affairs.

6 1 Identified activities

6 1 1 Area

The area in which activities may be controlled, may be unrestricted or it may be restricted to certain areas.[71]

6 1 2 Type of activity

Only activities that have been identified in accordance with the act are subject to control. The act lists broad categories, all of which have environmental significance, to which identified activities should belong, but does not limit identification to these categories.[72] In other words, in principle, any activity may be identified.

6 1 3 Procedure

An activity may be identified by the minister (by notice in the Gazette) only after consultation with the Council for the Environment and each administrator, and with the concurrence of the minister of each government department responsible for the execution, approval or control of such activity, the Minister of Finance and the Minister of Economic Affairs and Technology.[73]

In addition, the general procedure relating to publication for comment applies to the above identification.[74]

6 1 4 Effect

Undertaking an identified activity (or causing it to be done) constitutes an offence, unless it is done by virtue of a written authorisation issued by the minister or a local authority or an officer designated by the minister.[75]

---

67 S 15(1).
68 Par 10 2.
69 Cf par 7.
70 S 17(1).
71 S 21(1).
72 S 21(2).
73 S 21(3).
74 S 32(b); cf par 3 2.
75 S 22(1) read with s 29(4).

6 1 5 Environmental impact reports

The authorisation referred to above must be preceded by a consideration of reports concerning the impact of the identified activity and of alternative activities on the environment; such reports must be compiled and submitted by such persons and in such manner as may be prescribed.[76] The minister may make regulations concerning several details of such reports.[77]

6 1 6 Conditions

The authorisation may be granted subject to conditions determined by the minister or other relevant body.[78] Failure to comply with a condition, besides amounting to an offence,[79] entitles the minister or body to withdraw the authorisation.[80]

6 2 Limited development areas

6 2 1 Area

Activities or development may be controlled only in an area which has been defined by the minister (by notice in the Gazette) as a limited development area.[81] Any area may be thus defined.

6 2 2 Type of activity

Only activities or development that have been prohibited by the minister (by notice in the Gazette) are subject to control.[82] There is no definition of, nor restriction as to the type of development or activity which may be prohibited. In fact, there is no indication that the development or activity must have any environmental relevance. However, it may be assumed, with reference to the provision relating to an environmental impact report,[83] that this is the implied intention. But if the comprehensive nature of the concept "environment"[84] is taken into account, it would seem that the minister is in fact empowered to prohibit almost anything.

6 2 3 Procedure

A limited development area may be declared only after the minister has followed a prescribed procedure aimed at eliciting public comment on the proposed declaration and has considered all the representations that have been received.[85] Moreover, he must consult with each minister charged with the administration of any law which in his (the Minister of Environment Affairs) opinion relates

76 S 22(2).
77 S 26.
78 S 22(3).
79 S 29(4).
80 S 22(4).
81 S 23(1).
82 S 23(2).
83 Cf par 6 2 5.
84 Par 2.
85 S 23(4)(a)–(c).

to a matter affecting the environment in the limited development area in quesiton, as well as with the administrator concerned.[86] In addition, somewhat tautologically, the general procedure relating to publication for comment also applies to the above declaration.[87]

6 2 4 Effect

Undertaking any prohibited development or activity in a limited development area (or causing it to be done) amounts to an offence, unless it is effected by virtue of an authorisation by the minister or a local authority designated by the minister.[88]

6 2 5 Environmental impact report

In considering an application for authorisation, the minister or the designated local authority may request the applicant to submit a report as presented, concerning the influence of the proposed activity on the environment in the limited development area.[89]

6 2 6 Conditions

The authorisation may be subjected to conditions.[90] Failure to comply with any condition constitutes an offence.[91]

6 3 Analysis

The most significant improvement brought about by the above provisions is the power which is conferred upon the minister timeously to identify and to subject to control actions that may have a detrimental effect on the environment. One of the main shortcomings in the past has often been the government's inability or unwillingness to take preventive action where the environment was threatened. It may be thought that where the valid performance of such actions was dependent upon official permission, such permission could simply have been withheld, or granted subject to conditions which sought to guarantee development that was in harmony with the environment. A similar contention may be put forward in respect of entrepreneurial actions by the state itself, such as the building of dams or roads. However, given even the willingness on their part, many administrative control bodies had no legislative mandate to take account of environmental factors in their decision-making. This implied that if they sought to support a conservation objective, their actions may have been set aside on review, either for taking irrelevant factors into consideration or for pursuing an unauthorised purpose.[92]

At the most, certain conservation-oriented bodies entrusted with the administration of conservation legislation may validly have taken environmental factors into consideration. But the worst problems as far as a detrimental

86 S 23(4)(d).
87 S 32(1)(b) and 32(2); cf par 3 2.
88 S 23(2) read with s 29(4).
89 S 23(3).
90 S 23(2).
91 S 29(4).
92 *Administrator, Cape v Associated Buildings Ltd* 1957 2 SA 317 (A) 329A–B.

environmental impact was concerned, obviously related to the administration of development-oriented legislation, in respect of which there almost invariably was no obligation or even authorisation to consider the potential environmental impact of proposed actions.[93]

To return to the new act: its intention seems to be not to prohibit absolutely actions that may have a detrimental effect on the environment, but to ensure that their performance will be accompanied by the necessary respect for the environment. This is to be accomplished through the determination of an enforceable environmental policy, which authorises and obliges administrative bodies to consider environmental factors, coupled with the submission by the applicant for authorisation of an environmental impact report, that is, a report which should address the potential impact on the environment which the proposed action may have.[94]

The ultimate aim of environmental impact assessment is that the environmental risks of a proposed action must be considered in a manner that allows the existence of such risks to influence the decision whether or not the proposed action should be proceeded with, and, if it is, how it should be executed. The idea is to place before the decision-making body the environmental implications of the proposed action, so that these potential effects can be weighed against other relevant considerations, thus stimulating informed decision-making.[95]

The need for obligatory environmental impact assessment by governmental bodies, preceded by and based upon environmental impact reports, has been recognised world-wide, with the introduction since 1970 of some or other form of such assessment in many countries. Two decades after the United States' National Environmental Policy Act of 1970, South Africa has now also followed suit in enacting legislation which provides for environmental policy to guide administrative decision-making.

It should be noted, nevertheless, that it is only in respect of identified activities that the submission of environmental impact reports is obligatory and where regulations may extensively augment the provisions of the act. As far as actions within limited development areas are concerned, the request for submission of such reports depends upon the discretion of the administrative body concerned.

A further observation relates to the subjection of an authorisation to conditions. It may be assumed that the assessment by the minister or other body of the potential environmental impact of the proposed action, as revealed in the

---

93 Cf generally on the legal problems which prevailed before the introduction of the act, Rabie "Strategies for the implementation of environmental impact assessment in South Africa" 1986 *SA Public Law* 21–25.

94 The scope and content of environmental impact reports may include the following: (i) a description of the activity in question and of alternative activities; (ii) the identification of the physical environment which may be affected by the activity in question and by the alternative activities; (iii) an estimation of the nature and extent of the effect of the activity in question and of the alternative activities on the land, air, water, biota and other elements or features of the natural and man-made environments; (iv) the identification of the economic and social interests which may be affected by the activity in question and by the alternative activities; (v) an estimation of the nature and extent of the effect of the activity in question and the alternative activities on the social and economic interests; (vi) a description of the design or management principles proposed for the reduction of adverse environmental effects; and (vii) a concise summary of the finding of the report (s 26(a)).

95 Rabie *supra* fn 93 26.

environmental impact report, will find expression in the imposition of conditions. Failure by the holder of an authorisation to abide by such conditions constitute an offence both in respect of identified activities and of activities within limited development areas. But it is only with regard to the former that the minister or other responsible body is also empowered to withdraw the authorisation. This latter sanction obviously is potentially more effective.

Finally, whereas both the identification of activities and the declaration of limited development areas must be preceded by a process whereby allowance is made for public comments, the former is dependent on the concurrence of certain bodies, while the latter requires that certain bodies merely be consulted. Reference has already been made to the potential difficulty of obtaining the required concurrency of ministries, the portfolios of which are development-oriented.[96]

Perhaps it is unnecessary to have two sets of provisions both providing for substantially the same subject matter, that is, the control of activities which may have a detrimental environmental effect. The provisions governing limited development areas are apparently aimed principally at control over development in the coastal zone.[97] It would seem that this object may also be realised through the provisions relating to identified activities. The former provisions, however, would prove more readily applicable, since their implementation does not presuppose the concurrence of other bodies.

In conclusion, it should be noted that the South African legislature, unlike its American counterpart,[98] has opted for a system whereby ultimate control is left entirely in the hands of the minister or other relevant body. It is he who decides, at least in respect of limited development areas, whether or not an environmental impact report should be submitted, whether it is satisfactory and it is in his discretion to refuse or grant the authorisation in question and to decide upon the conditions, if any, subject to which the authorisation may be granted.[99]

7 CONSERVATION AREAS

A conservation area may in general be described as an area set aside and managed to conserve indigenous flora, fauna, ecosystems, natural resources and other natural phenomena. South African law, through a number of acts and ordinances, provides for the establishment of a wide variety of conservation areas. Some sixteen such different types of areas may be distinguished.[100]

The act creates two further categories of conservation areas, namely protected natural environments[101] and special nature reserves.[102] The former category is supposed to replace that of nature area,[103] which could have been declared by virtue of the Physical Planning Act 88 of 1967.[104] An improvement is that

96 Par 4 5 3 2.
97 Memorandum accompanying the 1989 bill par 13.
98 Cf Rabie *supra* fn 58.
99 For alternative strategies see Rabie *supra* fn 93.
100 Cf generally Rabie "South African law relating to conservation areas" 1985 *CILSA* 51.
101 S 16.
102 S 18.
103 Memorandum accompanying the 1989 bill par 9.
104 See generally Visser "Nature area legislation in South Africa" 1988 *SALJ* 249.

establishment and control of such areas, which were formerly regulated by different acts, administered by different bodies, are now effected in terms of the same act. However, the provision of the Physical Planning Act which sought to freeze land use in such areas to the existing use, was not re-enacted. A special nature reserve constitutes a new category of conservation area, providing for maximum protection in extreme circumstances, such as in the case of the Prince Edward Islands.[105]

It is submitted that the time is ripe for a reconsideration of all legislation dealing with conservation areas, with a view to rationalising the situation by adopting an act dealing comprehensively with all conservation areas. It is not contended that the variety of conservation areas should necessarily be dissolved, nor that they should all be established and administered by the same authority. What is necessary, however, is a systematic and uniform treatment of the subject matter in accordance with a national policy. It is submitted that this will be facilitated by the enactment of a comprehensive statute.

8 PRINCIPAL CONTROL THROUGH REGULATIONS

8 1 Noise and waste

There seems to be a tendency, evidenced in the Environment Conservation Act of 1982,[106] perpetuated in the 1987 amendment to the act[107] and further extended in the new act, to relegate the treatment of almost entire fields of environmental control to an administrative level, that is, through the issuance of ministerial regulations. Extensive coastal zone regulations[108] have been promulgated in terms of the 1982 act, while comprehensive sets of noise control[109] and waste control regulations[110] have been published in draft form. The new act, while rendering littering and waste disposal criminal offences[111] and providing for control over disposal sites,[112] leaves all other control over waste management to the minister to be exercised through regulations.[113] Moreover, control of the entire field of noise, vibration and shock is left to the minister's discretionary regulations.[114] In fact, he may even define the field which he is to regulate.[115]

While provision for effective overall control at national level over noise and waste is to be welcomed, it may be questioned whether such control should in principle be exercised administratively through regulations, rather than through parliament itself. Furthermore, since regulations which may affect the activities of local authorities may be promulgated only with their concurrence,[116] the minister is likely to encounter considerable difficulty in establishing regulations that are uniformly applicable.

---

105 Memorandum accompanying the 1989 bill par 10.
106 S 12(2)(a)–(c) before its amendment.
107 Act 61 of 1987 considerably extended the scope of ministerial regulations by adding further matters in respect of which regulations may be made. Cf s 12(2)(a)–(e) of the 1982 act after its amendment.
108 Notice 2587 of 1986-12-21.
109 Notice 2407 of 1986-11-12 and notice 547 of 1988-08-05.
110 Notice 1549 of 1985-07-12 and notice 591 of 1988-08-26.
111 S 19(1) read with s 29(3) and s 20(6) read with s 29(4).
112 S 20(1)–(5).
113 S 24.
114 S 25.
115 S 25(a).
116 S 28(*i*)(iii).

Administrative legislation, of which regulations are a manifestation, is normally viewed as a technique through which the practical and technical detail of principal legislation is supplied. Regulations provide a flexible tool, since they can readily and easily be promulgated and amended to adapt to new situations; their promulgation is much easier than the promulgation of an act of parliament. But there is a good reason for this difference. Matters of principle and basic control provisions should be exposed to debate in parliament. Moreover, while regulations, as subordinate legislation, may be declared void by the courts if they are *ultra vires*, vague or unreasonable, no such unstable and subordinate status is attached to parliamentary legislation. The main reason for this difference is that whereas parliamentary legislation is enacted by elected representatives, regulations are made by an executive body.

It is accordingly submitted that it is undesirable to relegate almost the entire fields of noise and of waste to the realm of control through regulations, just as it would have been equally undesirable, for instance, to effect air pollution control through regulations instead of through the Atmospheric Pollution Prevention Act 45 of 1965. In short, what is required is a separate Noise Control Act and a separate Waste Control Act, much along the lines, for instance, of the Atmospheric Pollution Prevention Act, or, for that matter, the many other acts that provide for other specific forms of pollution control.

A further consideration pointing to the need for reform is the fact that noise and solid waste, in addition to being subject to control through regulations in terms of the act, are presently regulated in an assortment of acts, ordinances, by-laws and regulations, administered by a variety of administrative bodies.[117] For instance, an extensive survey which was undertaken by the Department of Environment Affairs during 1986, revealed that provisions governing solid waste control are scattered among at least some twenty-two acts, seventeen provincial ordinances and a great number of local by-laws.

8 2 Coastal zone

As mentioned above, an attempt has been made to treat yet a further field, the coastal zone, through regulations, issued during 1986, in terms of the Environment Conservation Act of 1982.[118] It is likely that these regulations are *ultra vires*,[119] even after the amendment of the act during 1987.[120] In fact, they seem to have been repealed by the new act. Although the act contains a transition clause[121] whereby regulations promulgated in terms of the 1982 act may remain in force, this is the case only if the new act contains a corresponding provision which authorises such regulations. There does not seem to be such a provision. According to the memorandum which accompanied the 1989 Environment Conservation Bill, it appears that the intention is to control development along the

117 Cf Fuggle & Rabie *supra* fn 1 c 16 and c 17.
118 Notice 2587 of 1986-12-12.
119 Cf Rabie "Towards a new legislative and administrative dispensation for coastal zone management" 1987 *THRHR* 199–200.
120 It may be that the amended s 12(2)(c) would have covered the coastal zone, but there are further grounds upon which it can be argued that the regulations are *ultra vires*: cf Rabie *supra* fn 119.
121 S 42(2).

coast through the provisions governing limited development areas.[122] Although these provisions, like the amended provision of the 1982 act,[123] authorise the minister to prohibit actions,[124] the former provisions do not authorise the making of regulations. Furthermore, prohibitions may be imposed only after the minister has designated an area as a limited development area.

In any case, the new dispensation which is to be introduced for the control of development in the coastal zone, once again is dependent entirely upon the minister's discretion, although opportunities now exist for consultation with other bodies as well as for public representations.[125]

The most important planning mechanism whereby land use has been controlled at national level thusfar, is the guide-plan procedure governed by the Physical Planning Act 88 of 1967. The coastal zone, or parts of it, could, in terms of this legislation, have been identified as a guide-plan area in respect of which a guide-plan committee could have been appointed to plan land use in the area concerned.[126] The Minister of Environment Affairs admittedly would not be involved in a controlling capacity, since the guide-plan provisions are administered by the Minister of Constitutional Planning and Development and he has less flexible powers in respect of guide plans than those possessed by the Minister of Environment Affairs by virtue of the provisions relating to limited development areas.[127]

It is suggested that the coastal zone is an area of such great environmental significance which is subject to so much pressure from so many divergent sources that thought should be given to addressing the issue in a separate act of parliament, a Coastal Zone Management Act. This act could incorporate the type of provisions contained in the coastal zone regulations as well as those of the Seashore Act 21 of 1935 and other relevant legislation. It is important that our supreme legislature should review the principles pertaining to management of the coastal zone and provide for a comprehensive and co-ordinated approach to the unique heritage of 3 000 km of coastline which we are privileged to enjoy. It is not satisfactory that control over this area should be left almost entirely to the discretion of the executive, either through the promulgation of ministerial regulations as was the position under the 1982 act, or through ministerial prohibitions and authorisations in respect of limited development areas,[128] as is envisaged by the new act.

9 ENVIRONMENTAL RIGHT AS A FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT

The first three draft bills contained a provision setting forth certain principles which were supposed to be advanced and upheld in the interpretation and implementation of the respective bills.[129] The first of these principles was couched

122 Par 13; cf par 6 2.
123 S 12(2)(c).
124 Cf par 6 2 2.
125 Cf par 3 2.
126 Cf Fuggle & Rabie *supra* fn 1 473–475.
127 Cf par 6 2.
128 *Ibid.*
129 Cl 2(2) of the first bill, cl 2(1) of the second bill and cl 2 of the third bill. Cl 2(2) of the first bill was phrased more restrictively in that the principles were supposed to be of relevance only as a framework for the formulation of policy.

in the following terms: Every inhabitant of the RSA is entitled to live, work and relax in a safe, productive, healthy and aesthetically and culturally acceptable environment.[130] The provision containing principles was omitted from the 1989 bill and, likewise, found no place in the act.

Although the above-mentioned principle was phrased in terms reminiscent of a legal right, its effect clearly was not that of a fundamental civil or human right in the traditional sense of serving as a restraint upon the legislature and the administration. It was apparently supposed to serve merely as a guide-line in the interpretation and implementation of the act.

A plea has none the less been made for the recognition of the right to environmental integrity (or the right to a decent or healthy environment) as a fundamental human right, deserving of protection through constitutional entrenchment.[131] Since the act does not deal with this issue, a discussion of it is not undertaken here. Suffice it to refer to the effort by the South African Law Commission to motivate the introduction of a bill of rights for South Africa.[132] The right to a decent or healthy environment was not recognized as a fundamental right in the commission's draft bill of rights. This position may, nevertheless, be reconsidered when the commission reviews its working paper in the light of invited comments. If a bill of rights should materialise in South Africa – something which will require a rather drastic constitutional reorientation[133] – the inclusion of a right to environmental integrity as a fundamental right should be welcomed. The courts would thereby be afforded far greater power to control legislation and administrative acts which affect the environment. South African public law does not have a tradition of environmental litigation, owing largely to the fact that the opportunities for judicial control of legislation and of administrative actions have always been severely restricted.[134] Even if the public's anticipated use of a bill of rights may be uncertain,[135] there is ample justification for a substantial improvement to the present unsatisfactory situation. Perhaps the most formidable challenge related to the introduction of a bill of rights which includes a right to environmental integrity, would be the difficulty of devising a satisfactory limiting clause.[136] Achieving a satisfactory balance between development and environmental conservation is a notoriously difficult assignment. It nevertheless is a challenge that must in any case be met regularly, and for which guide-lines have been developed.[137] The real question seems to be whether a court of law is a body which is suitably equipped to strike the required balance.[138] What is fundamental to the entire issue, whether that balance is sought to be established by a court of law, administrative tribunal or other body, is the competence and especially the independence of the body concerned to exercise

130 Cl 2(2)(a) of the first bill, cl 2(1)(a) of the second bill and cl 2(a) of the third bill.
131 Glavovic "Human rights and environmental law: the case for a conservation bill of rights" 1988 *CILSA* 52; cf also Cowen *supra* fn 11 23–25.
132 Working paper 25 Project 58 (1989).
133 Cf Fuggle & Rabie *supra* fn 1 54.
134 Cf *idem* 48.
135 The Law Commission's draft bill of rights makes provision for group actions : a 31.
136 Cf a 30 of the Law Commission's draft bill of rights for an example of such a limiting clause.
137 Cf *Our common future supra* fn 25 and the *Report of the Planning Committee of the President's Council on Priorities between conservation and development supra* fn 26.
138 Cowen *supra* fn 11 24; *contra* Glavovic *supra* fn 131 72.

balanced judgments. Soundness of judgment demands the ability, without personal bias, to give due and proper weight to all relevant considerations and views. Thusfar, no body has rivalled the court's tradition of independence and its competence to render reasoned decisions, even in respect of technical issues.

10 REMEDIES AND SANCTIONS

10 1 Appeals

Provision is made for appeals to the Minister of Environment Affairs, the Minister of Water Affairs and the various administrators. These appeals have very little significance from a conservation perspective. They concern only certain limited aspects and then, as far as the ministers are concerned, only when delegated powers (which may be conferred only as regards certain provisions)[139] have been exercised.[140] Moreover, their institution is dependent upon the payment of a prescribed fee,[141] which may, depending upon the amount involved, serve to deter prospective appellants, even if the fee or part of it may be refunded at the discretion of the minister or administrator concerned.[142] Furthermore, the appeals amount to forms of internal control, which drastically reduces their value as control mechanisms. Only forms of external control enjoy time credibility. Finally, and this is the most fundamental objection, potential appellants would probably mostly be persons whose interests have been affected by an administrative body which, through the exercise of its powers, has sought to further a conservation objective; in other words, their interests would be the very ones that have come into conflict with the public's interest in conservation.

10 2 Board of investigation

In order to assist him in the evaluation of any appeal, or of any other matter, the Minister of Environment Affairs must appoint a board of investigation.[143] This board, which seems to be a type of *ad hoc* body,[144] obviously merely performs an advisory function, to be distinguished from the advisory function of the Council of Environment on account of the fact that while the council should concentrate more on broad policy, the board will deal with specific matters[145] – a rather tenuous distinction. Moreover, no individual or body, other than the minister, has any right to approach the board. It therefore does not in any way qualify as an administrative tribunal, which can review the administrative action in question on its merits and come to a binding and final decision. It is submitted that in view of the severe limitations on judicial review,[146] the lack of effective parliamentary control over administrative actions[147] and the non-existence of any external appeal, consideration should be given to transforming the board

139 Cf s 33.
140 S 35.
141 S 35(1) (2) and (3).
142 S 35(4).
143 S 15(1). Although its appointment is obligatory, this seems to be dependent upon the lodging of an appeal or the emergence of a matter calling for the minister's evaluation.
144 It must be appointed from time to time (s 15(1)). A board with some degree of permanence would obviously be more satisfactory.
145 Cf par 8 of the memorandum accompanying the 1989 bill.
146 Cf Fuggle & Rabie *supra* fn 1 48.
147 Baxter *Administrative law* (1984) 211–215 272–279.

of investigation into a true environmental tribunal, with the power to review administrative actions affecting the environment on their merits.[148]

10 3 Review and the giving of reasons

The act has adopted a model provision which was proposed by the South African Law Commission in its draft bill on the extension of the courts' review power.[149] It provides that any person whose interests are affected by a decision of an administrative body under the act may, within 30 days after becoming aware of such decision, request such body in writing to furnish reasons for the decision within 30 days after receiving the request.[150] It is further provided that within 30 days after having been furnished with such reasons, or after expiry of the period within which reasons had to be so furnished, the person in question may apply to the Supreme Court to review the decision.[151]

The introduction of an obligation upon administrative bodies to give reasons for their decisions, is a most welcome innovation. Unless this has been specifically provided for in legislation (which very seldom is the case), administrative bodies are not obliged to furnish reasons for their decisions, although a negative inference may under certain circumstances be drawn from a failure to give reasons.[152] Among the many potential benefits associated with the giving of reasons are improved decision-making, the provision of a democratic safeguard against arbitrariness, and a greater readiness on the part of the public to accept administrative decisions.

However, the obligation to furnish reasons is imposed in favour only of a person whose interests are affected by an administrative body's decision. In other words, *locus standi* to apply for reasons is restricted to a limited class of persons. Those affected would almost invariably be developers and others whose individual interests have been affected by an administrative body's decision to act in the public interest in conservation or pollution control. Conservationists concerned about administrative decisions, however, are not likely to meet the above strict *locus standi* requirement. For instance, if a decision is taken to grant an authorisation in respect of an identified activity or a limited development area, or a permit in respect of a waste disposal site, those concerned about the decision would probably fail to qualify as persons whose interests are affected. The same would apply to cases where the administrative body in question should fail to exercise its power in making a decision, for example to determine policy, to declare protected natural environments or to identify a particular activity, while conservationists may feel that such a decision is urgently required. The reason why conservationists would probably fail to establish *locus standi* is that the courts are likely to superimpose their own requirements for *locus standi* in respect of judicial review, which requirements are rather narrowly interpreted

148 Cf generally on administrative appeals Baxter *supra* fn 147 255–272; Rabie "Administratiefregtelike appèlle" 1989 *De Jure* 128.
149 Cf its investigation into the courts' review power in respect of administrative acts, Project 24 Working paper 15 (1986).
150 S 36(1).
151 S 36(2).
152 Baxter *supra* fn 147 746–748.

as amounting to a direct personal interest.[153] This inference is strengthened by the provision that a person who has applied for reasons may apply to a court for review. It seems unlikely that the courts will be inclined to extend their review jurisdiction to a person who does not satisfy their requirements for *locus standi*, unless the act clearly states otherwise.

While dealing with the courts' review function, it should be noted that the concept of "review" is capable of at least three distinct and separate meanings.[154] If regard is had to the Law Commission's model provision, referred to above, it would appear, nevertheless, that the legislature's intention is probably to provide for the traditional common-law remedy of judicial review. As such it would have been a mere restatement of the common law, but for the fact that a failure to furnish reasons where they are required, constitutes an additional ground for review.

It is not altogether clear what the scope would be of the court's review power. While it seems certain that an administrative decision may be set aside if the body in question has furnished no reasons at all, it is less certain whether such a decision can be impugned on account of the unsatisfactory content of the reasons that have been given. It seems, nevertheless, that the legislature did in fact intend the court to exercise control over the quality of the reasons furnished. After all, the provision governing review includes instances both where reasons were furnished and where there was a failure to supply them. It would seem to make no sense for the legislature to provide for the review of reasons that were in fact given, if such review did not relate to the substance of the reasons in question. If this is indeed the case, there is some uncertainty about the standard or criterion against which the reasons are to be evaluated. The general environmental policy – if in fact established by the minister – would probably serve this purpose.

10 4 Criminal penalties

In order to secure compliance with its precepts, the act relies largely upon the criminal sanction.[155] What is noteworthy is the substantial maximum punishment of R100 000 or 10 years' imprisonment prescribed for some contraventions, combined with a maximum fine of three times the commercial value of anything in respect of which the offence was committed.[156] (Even a magistrate's court may impose this penalty.[157]) Moreover, in the event of a conviction, the court is empowered to impose further penalties: in addition to the customary forfeiture clause,[158] the court may order that any damage to the environment resulting from the offence in question be repaired by the offender to the satisfaction of the minister or local authority concerned.[159] Failure by the offender to comply with such an order entitles the minister or local authority itself to

153 Cf Rabie & Eckard "*Locus standi*: the administration's shield and the environmentalist's shackle" 1976 *CILSA* 141; Loots " 'Locus standi' to claim relief in the public interest in matters involving the enforcement of legislation" 1987 *SALJ* 131.
154 *Johannesburg Consolidated Investment v Johannesburg Town Council* 1903 TS 111.
155 S 29.
156 S 29(4).
157 S 29(9).
158 S 30.
159 S 29(7).

take the necessary steps to repair the damage and to recover the cost from the offender.[160] Where the damage is not irreparable – as, unfortunately, often is the case – this provision is potentially a very effective weapon, even if it is employed *ex post facto.*

10 5 Civil remedies

Certain civil remedies, such as an interdict, may serve as an effective tool to prevent environmental harm.[161] Although an interdict is principally a private-law remedy, it is often used by administrative bodies as well. Such bodies, however, are not automatically entitled to seek interdicts for securing compliance with legal or administrative precepts; they should be authorised to do so, either expressly or impliedly.[162] It may, for instance, be argued that the availability of other remedies, notably the criminal sanction, rules out the inference that the act by implication authorises administrative bodies to obtain interdicts. In any case, the matter would have been put beyond doubt had the act expressly authorised the use of interdicts by the state.

10 6 Financial redress

Land owners and holders of real rights in land are afforded some degree of reimbursement in respect of expenses and losses incurred by them as a result of restrictions or obligations imposed upon them in terms of the act.

Although no right to it is created, financial aid may be rendered by an administrator to the owner of, and the holder of a real right in, land situated in a protected natural environment, in respect of expenses incurred by such persons in compliance with directions that have been issued.[163] This is a re-enactment of the provision of the 1982 act relating to nature areas.[164] It may be argued that where restrictions upon private land are imposed in the public interest, the expenses thus incurred should be borne by the state.[165] In other words, provision should have been made for a right to compensation in the above circumstances.

The act does indeed grant landowners and holders of real rights in land a right to recover compensation from the minister or administrator concerned, but only in respect of actual loss suffered by them consequent upon the application of limitations on the purposes for which land may be used or on activities which may be undertaken on the land.[166] This is an extension of the provision of the 1982 act governing compensation payable to owners and occupiers of land situated in a nature area.[167] The new provision covers limitations imposed by virtue of the act upon *any* land and includes holders of real rights in land, although occupiers are now excluded. It is not clear whether the omission in the new act of the adjective "patrimonial" in the phrase "actual patrimonial loss" of the 1982 act, is designed to broaden the base for claims to compensation.

---

160 S 29(8).
161 Cf Fuggle & Rabie *supra* fn 1 39–40.
162 Baxter *supra* fn 147 696.
163 S 16(5).
164 S 10(6).
165 Cf Rabie "The impact of environmental conservation on land ownership" 1985 *Acta Juridica* 305–307.
166 S 34(1); cf also s 34(2) and (3) in respect of the determination of the recoverable amount.
167 S 10(5)(a); cf also s 10(5)(b) and (c).

Nor is it certain what is meant by "actual loss suffered by him consequent upon the application of such limitations". For instance, can a reduction in the market value of the land be considered as actual loss? In spite of these uncertainties, the retention and extension of the above compensation clause is to be welcomed as an equitable measure which should go a long way towards ensuring the co-operation of landowners. Reference has been made to the ideal that where conservation measures designed in the public interest involve the imposition of restrictions on private land, the resultant loss should be borne by the state.

11 CONCLUSION

On the whole, the Environment Conservation Act should be welcomed as an important legislative milestone in the development of South African environmental law. In spite of its title, however, it should by no means be regarded as a codification of South African environmental legislation, although it might now – unlike its predecessor – arguably be regarded as our single most important environmental statute. Nor does the act establish legal principles – if ever such principles can be devised – which seek to identify environmental law as a separate branch of law in the sense that they contain rules with their own identity, distinct from the rules of other traditional branches of law. Cowen[168] has stated that unless distinctive legal criteria can be established which characterise environmental law, the subject will continue to lack coherence and logical structure. In any case, the definition of "environment" in the act is much too sweeping to hold out any prospect for the recognition of environmental law as a distinct branch of law. The democratic spirit in which the act came into being, as well as the extensive opportunities for public participation in administrative decision-making, provided for in the act itself, are to be highly commended. This is one of the important features of the act and augurs well for improved governmental decision-making and for public co-operation.

Parliament has set out, rather courageously, to define the key concept of environment for the first time. However, it is likely that this definition will give rise to difficulties because of its extremely wide ambit.

Another important issue which is addressed through legislation for the first time, is the difficulty of orchestrating the administration of environmental affairs by the multitude of government departments and other administrative bodies. The tool that has been devised, namely the determination of environmental policy by the Minister of Environmental Affairs theoretically holds much promise. However, it is foreseeable that its practical implementation, which involves seeking the concurrence of other ministries, will meet with formidable obstacles.

Yet a further welcome innovation is the control that may now be exercised by the Minister of Environment Affairs over activities which may have a detrimental effect upon the environment. The provision in this regard for environmental impact reports meets a long felt need.

In certain respects, unfortunately, the act creates the impression of serving as a catch-all, to deal more effectively – mostly through subordinate legislation – with matters that are simultaneously controlled in terms of other legislation. Consideration should be given to rationalising the position by treating matters

168 *Supra* fn 11 11.

like noise, waste, conservation areas and the coastal zone in separate acts of parliament.

Another improvement in principle is the act's adoption of the Law Commission's model provision relating to the giving of reasons for administrative decisions. Unfortunately, however, the act's restrictive *locus standi* requirement will serve to disqualify conservationists from requesting reasons.

Yet a further novel provision which holds much potential is the power conferred upon a court, in the event of a conviction, to order that any damage to the environment resulting from the offence in question, must be repaired by the offender to the satisfaction of the administrative body concerned.

The extension of the provision governing compensation payable to private landowners as a result of restrictions imposed in the public interest, likewise, is to be commended as a step in the right direction.

Perhaps the most outstanding feature of the act is that it leaves ultimate control of environmental affairs in the hands of the executive, and, in traditional fashion, makes no provision for any control over the merits or wisdom of administrative actions. In fact, almost all the portions of the act are of an empowering nature, which means that they will have effect only if the administrative bodies concerned should utilise the powers which have been conferred upon them. The state of our environment, in other words, will continue to be dependent, to a decisive degree, upon the willingness and ability of administrative bodies to fulfil their role as trustees of the public interest in environmental conservation.

PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

Uit hierdie fonds word finansiële hulp vir die publikasie van regsproefskrifte en ander verdienstelike manuskripte verleen.

Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:

Prof DJ Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

Renteberekening, regshervorming en die Woekerwet 73 van 1968*

NJ Grové
BA LLM LLD
Professor in die Privaatreg, Universiteit van Pretoria

SUMMARY

This article deals with the calculation of interest in terms of the Usury Act 73 of 1968. The policy considerations underlying the act are investigated with reference to current trends in foreign consumer credit legislation. The study reveals a need for legal reform and revision of the act.

1 ALGEMEEN: DIE REGSPOLITIEKE DOEL MET DIE BEKENDMAKING VAN FINANSIERINGSKOSTE

Die hart van alle verbruikerskredietwetgewing is geleë in die verpligte bekendmaking van die terme waarop krediettransaksies beklink word. Indien dit gedoen word, behoort kredietverbruikers teoreties in staat te wees om te bepaal hoeveel hulle vir krediet betaal en om ingeligte keuses tussen die aanbiedinge van verskillende finansiële instellings te maak.[1] Twee heilsame newe-effekte spruit hieruit voort: Ingeligte keuses bevorder eerstens kompetisie[2] wat op sy beurt weer help om rentekoerse laag te hou. Tweedens help inligting van dié aard om te voorkom dat 'n kredietverbruiker te veel kredietverpligtinge op hom neem.[3] Die Franzsen-komitee behandel die betrokke aspek soos volg:[4]

> "The Committee is convinced that compulsory disclosure of finance charge rates will bring about benefits not only for credit users but also for credit grantors and for the national economy as a whole. It will enable users of credit to compare the cost of different

---

* Hierdie navorsing is onderneem met finansiële ondersteuning van die Eenheid vir Bankreg aan die Randse Afrikaanse Universiteit en die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing.

1 Sien die *National commission on consumer finance: consumer credit in the United States* (voorsitter I Millstein) (1972) (hierna die *Millstein-verslag* genoem) 171. Schwartz en Wilde "Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis" 1979 *U Penn LR* 673 stel dit soos volg: "The most promising method of making markets behave competitively is to provide consumers with comparative price and term information." Alvorens ingeligte keuses uitgeoefen kan word, moet die inligting wat verskaf word, vergelykbaar wees. Derhalwe is die standaardisering van die wyse waarop kredietinligting verskaf word, van die uiterste belang (sien Rasor *Consumer finance law* (1985) 165).

2 *Ibid.*

3 *Millstein-verslag* 174: "[Disclosure of credit costs] would help prevent consumers from becoming over indebted [and] would discourage consumers from using credit during [a]n economic boom and encourage their using it in a depression."

4 *Verslag van die komitee van ondersoek na die Woekerwet* (*RP* 11 van 1968) (voorsitter DG Franzsen) (hierna die *Franzsen-verslag I*) 21 par 197.

forms of credit on a uniform basis and, hence, to choose the most favourable terms. It will further ensure healthy competition between the grantors of different forms of credit – something that is lacking at present because the public are not sufficiently informed."[5]

Dié sentimente word teruggevind in die doelstellingsartikel van die Amerikaanse Truth in Lending Act van 1968 wat bepaal dat die bekendmaking van die terme waarop krediet verleen word, "economic stabilization" sal verseker en "competition among various financial institutions" sal bevorder deur middel van die "informed use of credit".[6] Die wet het spesifiek ten doel "to assure a meaningful disclosure of credit terms" om sodoende verbruikers in staat te stel "[to] compare more readily the various credit terms available".[7]

Die Crowther-komitee het 'n aantal redes aangedui waarom dit belangrik is dat die terme waarop krediet beskikbaar is, op 'n eenvormige basis bekendgemaak word. In die eerste plek stel dit die kredietverbruiker in staat om vergelykings te trek tussen die aanbiedinge van verskillende finansiële instellings.[8] Tweedens sal 'n verbruiker in staat wees om te oordeel of dit in sy belang is om met spaargeld goedere te bekom of om dieselfde goedere op krediet te bekom.[9] Eenvormige bekendmakingsvereistes sal ook tot beter kompetisie tussen finansiële instellings aanleiding gee.[10]

2 ENKELE OPMERKINGS OOR RENTEBEREKENING

2 1 Algemeen

Die basiese doelstelling met die bekendmaking van finansieringskoste tydens kontraksluiting is om die kredietverbruiker in die posisie te plaas om te kan oordeel watter waarde hy vir sy geld ontvang. Dit is 'n aanwending van die sogenaamde "best buy"-beginsel. Dit beteken dat 'n kredietverbruiker ingelig

---

5 Diemont en Aronstam *The law of credit agreements and hire purchase in South Africa* (1982) 289 som die regspolitieke doelstellings van die *Franzsen-verslag 1* op dié gebied soos volg op: "A general policy underlying the provisions of the [Usury Act] is that a borrower should be able to use credit in such a way that the monetary and non monetary returns are at least equal to the costs he will incur in borrowing, taking into account the limits imposed on him by his income and worth."

6 15 *United States Code Annotated* (hierna *USCA*) par 1601(a). Daar is in die verlede baie bespiegel oor die vraag of hierdie regspolitieke doelstelling prakties verwesenlik word. Sien bv Kripke "Consumer credit regulation: a credit-oriented viewpoint" 1968 *Col LR* 445; Kripke "Gesture and reality in consumer credit reform" 1969 *New York ULR* 1. 'n Dekade nadat die Amerikaanse Truth in Lending-wetgewing aanvaar is, beweer Landers en Rohner ("A functional analysis of Truth in Lending" 1979 *U Cal LR* 752) dat Truth in Lending-bekendmakingsvereistes "[have] only a doubtful utility in affecting transactional behaviour by consumers, largely because of built-in diseconomies: the disclosures are too complex, they come too late, and the consumer may not consider the stakes worth the shopping effort". Sien ook Alperin en Chase *Consumer law sales practice and credit regulation* 1 (1986) 516.

7 *Ibid.*

8 *Report of the committee on consumer credit* (voorsitter Lord Crowther) (*Cmnd* 4596) (hierna die *Crowther-verslag*) 1 (1971) 146. Sien Woods "Ethics, ignorance and the true cost of hire purchase" Desember 1975 *Businessman's Law* 74 ev.

9 *Ibid*; Woods Desember 1975 *Businessman's Law* 75 76.

10 *Ibid.* Inligting is nooit gratis nie. Oor dié aspek laat die Crowther-komitee (*Crowther-verslag* 1 147) hulle soos volg uit: "We do, of course, recognise that the cost of complying with such a requirement may in some measure increase the cost of credit granting and that this increase may be passed on to the borrower. However, we doubt whether the cost involved is significant in relation to the total credit charges imposed in credit transactions."

moet word omtrent die tipe rentekoers wat aan hom verskaf word of, as alternatief, dat kredietverskaffers dieselfde tipe rentekoerse moet kwoteer.

Neem die volgende voorbeeld:

Transaksie A: G leen R100 by L teen 10% rente per jaar. Aan die einde van die jaar betaal G R100 kapitaal plus R10 rente.

Transaksie B: G leen R100 by L teen 10% rente per jaar. Die verskuldigde bedrag moet in gelyke maandelikse paaiemente terugbetaal word.

Daar is uit die kredietverskaffer se oogpunt 'n groot verskil tussen transaksie A en transaksie B. In die geval van transaksie A het die kredietverbruiker die voordeel van al die kapitaal en rente daarop vir 'n volle jaar. In die geval van transaksie B het die kredietverbruiker die volle voordeel van die kapitaal en rente daarop slegs vir die eerste maand. Sou die kredietverskaffer dus verlang dat in beide gevalle 'n bedrag van R10 as rente aan hom uitgekeer word, is transaksie B, uit die oogpunt van die kredietverbruiker, veel duurder as transaksie A.

Ten einde die koste van krediet aan te dui, moet 'n rentekoers in staat wees om die koste-implikasies van die volgende twee faktore te reflekteer: (a) die hoeveelheid keer per jaar wat die kredietverbruiker betalings bewerkstellig ter delging van die kapitaal en (b) die hoeveelheid keer per jaar wat onbetaalde rente tot die kapitaal toegevoeg word of, as alternatief, die hoeveelheid keer per jaar wat rente betaal moet word.

2 2 Die koste van finansiering en die delging van kapitaal

2 2 1 Vaste, diskonto–, bytel– en nominale koerse

In die verlede was dit die gebruik om 'n rentekoers as 'n sogenaamde "flat rate" of "vaste koers" te kwoteer.[11] Genoemde koers word bereken (sonder inagneming van enige tussentydse terugbetalings) op die oorspronklike kapitaalsom ten opsigte van elke jaar in die terugbetalingstermyn. Daar is twee verskyningsvorme van vaste koerse, naamlik bytelkoerse[12] en diskontokoerse.[13]

'n Bytelkoers kan gedefinieer word as daardie koers wat, sonder inagneming van enige tussentydse terugbetalings op die volle oorspronklike uitstaande kapitaalsom, ten opsigte van elke jaar in die terugbetalingstermyn bereken en bygetel word ten einde die bedrag te bepaal wat terugbetaalbaar is.[14] Byvoorbeeld: 'n Koper koop goedere op afbetaling teen R100. Hy moet die koopprys plus rente daarop in gelyke maandelikse paaiemente terugbetaal. Rente word teen 'n bytelkoers van 10% verhaal. Die kredietverbruiker/koper gaan dus altesaam R110 terugbetaal.[15] Wat die diskontokoers betref, word die rentekoers

---

11 Goode *The Consumer Credit Act: a students' guide* (1979) 152.

12 In Engels: "add-on method".

13 In Engels: "discount method".

14 Bosch *Elementêre renteberekeninge vir studente in die rekeningkunde* (1979) 72.

15 Die maandelikse paaiement kan met behulp van die volgende formule bereken word (Bosch 73):

$$P = \frac{K + Kbn}{nm}$$

Die simbole kan soos volg toegelig word. K is die uitstaande kapitaalsom; n is die aantal jare in die terugbetalingstermyn; m is die aantal paaiemente per jaar; P is die maandelikse paaiement; b is die bytelkoers per jaar. In formules wat hierna gebruik word, sal die simbole i (effektiewe rentekoers per jaar) en r (nominale rentekoers per jaar) ook gebruik word.

eweneens op die kapitale bedrag van R100 bereken. Die resultaat (R10) word egter van die kapitale bedrag afgetrek. Die restant (R90) word aan die kredietverbruiker uitgekeer. In laasgenoemde geval is die diskontokoers 10%. Die ekwivalente bytelkoers is 11.1%.[16] Dit is te wyte aan die feit dat die ware bedrag, uitgeleen in laasgenoemde geval, R90 beloop in teenstelling met R100 in die eerste geval.[17]

'n Bytelkoers is 'n nuttige hulpmiddel om 'n persoon in staat te stel om te bereken watter *bedrag* hy aan finansieringskoste gaan betaal. Dit is egter glad nie 'n goeie aanduiding van watter waarde hy vir sy geld ontvang nie.

Beide die bytelkoers en die diskontokoers is as aanduidings van die waarde van geld in 'n groot mate misleidend omdat koerse van dié aard glad nie in aanmerking neem dat tussentydse betalings tot gevolg het dat kapitaaldelging plaasvind nie.[18] Waar 'n persoon 'n geleende bedrag in 12 gelyke paaiemente moet terugbetaal, het hy slegs die voordeel van al die kapitaal tot en met die einde van die eerste maand. Soos Goode tereg opmerk:[19]

> "Since the average amount outstanding throughout a loan contract providing for repayment by equal instalments at equal intervals is only one-half of the original advance plus one-half of one instalment, the actual annual rate (before compounding) is nearly double the flat rate."

Om enigsins 'n goeie aanduiding te bied van die waarde wat die kredietverbruiker vir sy geld ontvang, moet 'n jaarlikse finansieringskostekoers die wyse waarop betalings geskied, reflekteer. Anders gestel, rente is 'n funksie van uitstaande kapitaal.[20] Rente moet dus verminder in verhouding tot die delging van die skuld.[21] Nòg die bytel-, nòg die diskonto-berekeningsmetode voldoen aan hierdie vereiste.

Die "uitstaande balans" of aktuariële berekeningsmetode voldoen wel aan hierdie vereiste.[22] Volgens hierdie metode word finansieringskoste bereken aan die einde van elke periode (daagliks, maandeliks of kwartaalliks, soos ooreengekom) op die uitstaande saldo van die gefinansierde bedrag op daardie stadium. Die koers per periode staan bekend as 'n nominale rentekoers.

Die aktuariële berekeningsmetode[23] is gebaseer op die uitgangspunt dat die verhouding van finansieringskoste tot kapitaal deur die totale afbetalingstermyn konstant bly.[24] Dit beteken dat waar die uitstaande saldo van die skuld aan die begin van die transaksie groot is, die finansieringskostekomponent van die eerste paaiement ook groot sal wees. Namate betaalde paaiemente tot gevolg het dat die skuld gedelg word, sal die finansieringskostekomponent van latere paaiemente dienooreenkomstig daal.

---

16 $\frac{10}{90} \times 100 = 11.1\%$

17 Sien Goode *The Consumer Credit Act* 152.

18 Karpinski en Fielding *Consumer credit agreements: a working handbook to truth in lending* (1987) 20.

19 Goode *The Consumer Credit Act* 152.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

22 Sien die *Franzsen-verslag 1* 11 par 113.

23 Sien Thorndike *Consumer credit computation and compliance guide with annual percentage rate tables* (1982) xx; *Franzsen-verslag 1* 12 par 121; Goode *The Consumer Credit Act* 154.

24 Goode *The Consumer Credit Act* 154.

Omdat rente 'n funksie van kapitaal is, is dit dus aksiomaties dat rente moet verminder na gelang die skuld gedelg word.[25]

Die aktuariële berekeningsmetode kan by alle krediettransaksies aangewend word. In die geval van byvoorbeeld 'n oop rekening waar rente betaalbaar is op die saldo van die skuld wat van tyd tot tyd uitstaande is, word 'n vermindering in die skuld outomaties gereflekteer in die verminderde bedrag verhaalbare rente.[26] Voorbeelde van sulke transaksies is kredietkaartfinansiering en oortrokke lopende tjekrekeninge.

Die beginsel dat rente slegs op die verminderde saldo van die skuld verhaalbaar is, kan ook aangewend word by transaksies waar 'n skuld by wyse van reëlmatige paaiemente afgelos moet word. Neem die geval waar 'n transaksie gefinansier word teen 'n nominale koers van 18% per jaar. Die uitgeleende bedrag beloop R100. Die bedrag moet terugbetaal word in 12 gelyke maandelikse paaiemente. Die paaiemente wat betaalbaar is, kan volgens die volgende formule bereken word:[27]

$$\text{Paaiement} = \frac{\dfrac{PV}{1 - \left(1 + \dfrac{r}{12}\right)^{-n}}}{\dfrac{r}{12}}$$

"PV" is die beginwaarde van 'n annuïteit (in hierdie geval R100). Die nominale koers "r" word deur die aantal periodes per jaar gedeel en "n" is die totale aantal betalings wat gemaak word. Die paaiement in hierdie betrokke geval beloop R9,17 per periode. Die wyse waarop die transaksie afbetaal word, kan soos volg ingevolge 'n amortisasieskedule weergegee word:[28]

---

25 Sien vn 19 en 20 hierbo.

26 Die probleem met 'n oop rekening is dat die effektiewe koers (sien par 2 3 1 *infra*) waarteen finansieringskoste werklik gevorder word, sal afhang van die mate waarin die kredietopnemer die beskikbare kredietfasiliteit aanwend, die wyse waarop terugbetalings geskied en so meer. Dit word soos volg in die *Crowther-verslag* 1 273 gestel: "The method of rate disclosure requires to be modified in the case of revolving credit. A store operating a budget account, by which a consumer is permitted to obtain goods on credit up to a stated multiple of his monthly payments, usually imposes a credit charge either by reference to the outstanding balance carried forward from the end of the previous account period or by reference to the value of new purchases charged to the account during the account period. It will thus be apparent that, whatever the nominal percentage rate charge to the customer, the effective rate will depend on the manner in which the customer chooses to operate his account." Sien ook McAlister en De Spain "Credit card yields under alternative assessment methods" 1980 *Journal of Retail Banking* 56 ev.

27 Sien Faul, Everingham, Redelinghuys en Van Vuuren *Finansiële rekeningkunde* (1982) 865–866; Rohner *The law of truth in lending* (1986) 4–20.

28 Die "finansieringskoste per periode" in kolom 3 van die amortisiasieskedule kan op die volgende wyse bereken word:

$$\frac{18}{100} \times \frac{1}{12} = 0{,}015$$

Sien in die algemeen Daunt "Banking when statutory maximum interest rate becomes usury: Interest formulas, *American Timber and Trading Co. v First National Bank of Oregon,* Civil No. 72–1066 (9th Cir. Jan. 22, 11975)" 1975 *Tol LR* 540.

Periode (maand)	Hoofskuld begin van periode	Fk per periode	Kapitaal per periode
1	R100	0,015 × R100 = R1,50	R9,17 − R1,50 = R7,67
2	R100−R7,67 = R92,33	0,015 × R92,33 = R1,38	R9,17 − R1,38 = R7,79
3	R92,33 − R7,79 = R84,54	0,015 × R84,54 = R1,27	R9,17 − R1,27 = R7,90
4	R84,54 − R7,90 = R76,64	0,015 − R76,64 = R1,14	R9,17 − R1,14 = R8,03
5	R76,64 − R8,03 = R68,61	0,015 × R68,61 = R1,03	R9,17 − R1,03 = R8,14
6	R68,61 − R8,14 = R60,47	0,015 − R60,47 = R0,91	R9,17 − R0,91 = R8,26
7	R60,47 − R8,26 = R52,21	0,015 × R52,21 = R0,78	R9,17 − R0,78 = R8,39
8	R52,21 − R8,39 = R43,82	0,015 × R43,82 = R0,66	R9,17 − R0,66 = R8,51
9	R43,82 − R8,51 = R35,31	0,015 × R35,31 = R0,53	R9,17 − R0,53 = R8,64
10	R35,31 − R8,64 = R26,67	0,015 × R26,67 = R0,40	R9,17 − R0,40 = R8,77
11	R26,67 − R8,77 = R17,90	0,015 × R17,90 = R0,27	R9,17 − R0,27 = R8,90
12	R17,90 − R8,90 = R9,00	0,015 × R9,00 = R0,14	R9,17 − R0,14 = R9,03

Indien die rente per maand in die voorbeeld hierbo vir al twaalf maande bymekaargetel en uitgedruk word as 'n persentasie van die oorspronklike uitgeleende bedrag, kom dit neer op 10%.[29] Laasgenoemde verteenwoordig 'n bytelkoers, en alhoewel dit 'n korrekte aanduiding is van die *bedrag* finansieringskoste wat betaalbaar is, is dit erg misleidend as 'n instrument om waarde vir geld te meet want, soos ons gesien het, is die nominale rentekoers 18% per jaar.

2 3 Die koste van finansiering en die delging van finansieringskoste

2 3 1 Algemeen

Die breuk (gewoonlik 'n persentasie) wat op 'n geleende bedrag in 'n gegewe periode van toepassing gemaak word om te bepaal wat die kredietverbruiker teenoor die kredietverskaffer as vergoeding verskuldig is, word 'n nominale koers genoem.[30] Die eerste probleem wat 'n voornemende kredietverbruiker ondervind wanneer hy verskillende kredietgewers se koerse per periode wil vergelyk, is die

29 Die som van die finansieringkoste in al die periodes geneem is soos volg: R1,50 + R1,38 + R1,27 + R1,14 + R1,03 + R0,91 + R0,78 + R0,66 + R0,53 + R0,40 + R0,27 + R0,14 = R10,01. (Die addisionele sent kan aan die effek van benadering toegeskryf word.)

30 Bosch 41; Karpinski en Fielding 20.

feit dat verskillende kredietgewers koerse vir verskillende periodes kwoteer.[31] Sommige kredietgewers kwoteer koerse wat op 'n daaglikse basis bereken word, ander weer bereken koerse op 'n maandelikse basis en nog ander op 'n jaarlikse basis. Om sinvolle vergelykings tussen hierdie koerse te trek, moet alle koerse op 'n standaardtermyn van toepassing gemaak word, byvoorbeeld een jaar. Die maklikste wyse om dit te bewerkstellig, is om die koers per periode te vermenigvuldig met die aantal periodes per jaar. So byvoorbeeld is 1% per maand gelykstaande aan 12% per jaar.[32] Anders gestel: 12% per jaar is gelyk aan 1% per maand of 3% per kwartaal of 6% halfjaarliks.

Vanuit die kredietverbruiker se oogpunt is dit belangrik om te weet of die nominale finansieringskoste per periode dadelik aan die einde van 'n periode betaal moet word al dan nie. Indien nie, is dit eweneens belangrik om te weet of die gehefte finansieringskoste per periode tot die hoofskuld toegevoeg word op die basis dat die volgende periode se finansieringskoste op die nuwe saldo van die hoofskuld bereken word. Indien enige van die twee gevalle ter sprake is, het 'n mens met saamgestelde rente te make.

Die frase "saamgestelde rente" kan in twee gevalle ter sprake kom.[33] Die eerste geval is waar kontraktueel ooreengekome saamgestelde finansieringskoste gehef word. Dit is die geval waar die onbetaalde gehefte finansieringskoste per periode tot die kapitaalsom toegevoeg word op die basis dat die volgende periode se rente op die nuwe kapitaalsom bereken word.[34] Bogenoemde is wat gewoonlik onder saamgestelde rente verstaan word.

Kan daar sprake van saamgestelde rente wees as die rente wat per periode gehef word, inderdaad aan die einde van 'n periode betaal word? Neem die geval van 'n afbetalingsverkooptransaksie ingevolge die Wet op Kredietooreenkomste 75 van 1980 waar die paaiemente (wat 'n maandelikse rentekomponent insluit) maandeliks betaal word. In hierdie gevalle is daar geen sprake van onbetaalde rente wat tot die kapitaal toegevoeg word nie. Nieteenstaande hierdie feit is daar tog hier op 'n ander wyse van saamgestelde rente sprake. Dit spruit voort uit die feit dat hoe gereelder rente bereken en betaal word (in die voorbeeld, maandeliks), hoe vinniger is die skuldenaar sy geld kwyt.[35] Hierdie geld kan teoreties dadelik weer deur die kredietverskaffer teen dieselfde koers belê word as wat die kredietverbruiker betaal.[36] Soos Goode tereg opmerk:[37]

> "The same mathematical concepts are involved however as for compound interest in its normal sense."

Neem die geval waar 'n kredietverbruiker aan die begin van die jaar R100 leen teen 'n koers van 1% per maand. Of die gehefte rente per maand tot die saldo van die hoofskuld toegevoeg word, en of die kredietverbruiker die 1% per maand oorbetaal aan die kredietverskaffer wat dit elders teen dieselfde rentekoers kan belê as wat die kredietverbruiker betaal, gaan die transaksies in beide gevalle aan die einde van die jaar R112,68 oplewer.[38] So gesien, verteenwoordig die

31 Karpinski en Fielding 20.
32 *Ibid*; Goode *The Consumer Credit Act* 156.
33 Goode *The Consumer Credit Act* 156.
34 Bosch 27.
35 *The Consumer Credit Act* 156.
36 *Ibid.*
37 *Ibid.*
38 *Ibid.*

bedrag van R12,68 dus die *totale* verdienste wat werklik gedurende die jaar op die kapitaalsom verdien is. Genoemde bedrag, uitgedruk as 'n persentasie van die kapitaalsom, staan bekend as 'n effektiewe rentekoers.[39] Die Franzsen-komitee stel dit soos volg:[40]

> "An effective annual rate refers to a rate calculated on the assumption that finance charges recoverable at the end of each period in the course of a year are immediately invested for the remaining portion of the year, and that finance charges are again earned on the amount thus invested, at the same rate as that at which finance charges were levied on the amount financed."

'n Effektiewe koers is ietwat hoër as 'n nominale jaarlikse rentekoers. Dié feit kan met behulp van die volgende tabel bewys word:[41]

Nominale jaarkoers	**Aantal Periodes per jaar**				
	52	12	4	2	1
12%	0,7	0,7	0,6	0,4	0
15%	1,2	1,1	0,9	0,6	0
18%	1,7	1,6	1,3	0,8	0
21%	2,3	2,1	1,7	1,1	0
24%	3,1	2,8	2,3	1,4	0

So kan met behulp van die tabel byvoorbeeld vasgestel word dat 'n nominale koers van 24% per jaar gelykstaande is aan 'n effektiewe koers van 27,1% waar berekeninge op 'n weeklikse basis gemaak word en 26,8% per jaar waar berekeninge op 'n maandelikse basis gedoen word.[42]

3 SUID-AFRIKA

3 1 Die eerste Franzsen-verslag

Die Franzsen-komitee het aanbeveel dat die koerse wat ingevolge van die Wet op die Beperking en Bekendmaking van Finansieringskoste neergelê word, nominale koerse moet wees, berekenbaar volgens die aktuariële berekeningsmetode.[43]

Om die wet se administrasie en praktiese aanwending te vergemaklik, moet die berekeningsmetode wat statutêr neergelê word volgens die komitee aan die volgende vier vereistes voldoen: (a) Verskillende rentekoerse moet met mekaar vergelykbaar wees ongeag die periode van afbetaling en wyse van finansiering. (b) Rente moet maklik bereken kan word. (c) Die proses waarvolgens rente bereken word, moet maklik verstaanbaar wees. (d) Interpretasieprobleme moet sover moontlik uitgeskakel word.[44]

---

39 Waar 'n nominale rentekoers meer as een keer per jaar (bv maandeliks) bereken word, is die effektiewe rentekoers die totale rente wat werklik op die kapitaalsom gedurende die jaar verdien is. Die volgende formule kan aangewend word om 'n nominale koers na 'n effektiewe koers om te skakel:

$$i = \left(1 + \frac{r}{m}\right)^{nm-1}$$

Sien in die algemeen Bosch 41; sien ook vn 15 hierbo.

40 *Franzsen-verslag 1* 12 par 122.

41 Tabel gepubliseer in die *Franzsen-verslag 1* 12 par 123.

42 *Idem* 12 par 123.

43 *Idem* 17 par 160; 18 par 167.

44 *Idem* 17 par 159.

Die Franzsen-komitee het tot die gevolgtrekking gekom dat effektiewe koerse slegs in een geval meer voordele as nominale koerse bied; dit is waar koerse met mekaar vergelyk word in gevalle waar finansieringskoste meer as een keer per jaar gehef word. So byvoorbeeld sal 'n transaksie wat teen 'n nominale koers van 20% per jaar gefinansier word, terugbetaalbaar in gelyke maandelikse paaiemente, 'n laer effektiewe koers lewer as 'n transaksie wat teen dieselfde nominale koers gefinansier word maar die skuld in gelyke weeklikse paaiemente terugbetaal word.[45] Andersins word 'n nominale koers deur die Franzsen-komitee verkies omdat dit volgens hulle moeiliker is om effektiewe koerse te bereken as wat dit is om nominale koerse te bereken. Hulle skryf dit toe aan die feit dat dit moeilik is om die werking van effektiewe koerse te verstaan:[46]

> "The most important single objection to an effective rate is that it is difficult to understand. The difference between 'nominal' and 'effective' relates to the interest-on-interest principle, according to which it is assumed that finance charges earned are reinvested at the same nominal rate as was charged in respect of the original transaction. From the oral evidence it appeared that even in financial circles there is some lack of clarity on the precise difference between a nominal and effective rate."

Ander oorwegings wat in 'n nominale koers se guns getel het, is dat dit meer algemeen in die praktyk gebruik word en dat die handelspraktyk die koerse wat in die 1926-Woekerwet neergelê is, as nominale koerse beskou het.[47]

Die Franzsen-komitee het hulle ook laat lei deur die die regsposisie ingevolge van die Amerikaanse Truth in Lending-wetgewing.[48] In laasgenoemde geval is bevind dat nominale koerse, bereken volgens die aktuariële berekeningsmetode, die wenslikste wyse is om finansieringskoste bekend te maak.[49] Die Amerikaanse wetgewer se belangrikste beweegredes was die volgende: (a) In absolute terme is daar nie 'n groot verskil tussen nominale en effektiewe koerse nie. (b) Dit is makliker vir 'n kredietverskaffer om 'n koers per periode na 'n nominale koers om te skakel as na 'n effektiewe koers. (c) Nominale koerse is makliker om te tabuleer as effektiewe koerse.[50]

Die Franzsen-komitee gee egter toe dat uit 'n akademiese oogpunt 'n effektiewe koers die ideale koers is om aan te wend. In die lig van die praktiese oorwegings hierbo uiteengesit, het hulle egter op 'n nominale koers besluit.[51]

3 2 Die Woekerwet

3 2 1 Finansieringskostekoers per jaar

Die vraag ontstaan wat bedoel word met die frase "finansieringskostekoers per jaar" soos dit in die Woekerwet voorkom. Die wet self definieer "finansieringskostekoers per jaar" soos volg:[52]

> " 'n Koers bereken deur die finansieringskostekoers per periode met die getal van sodanige periodes in een jaar te vermenigvuldig."

---

45 *Idem* par 161.
46 *Idem* 18 par 161.
47 *Idem* par 165.
48 *Idem* par 166.
49 *Ibid.*
50 *Ibid.*
51 *Franzsen-verslag 1* 18 par 167.
52 Sien a 1 "finansieringskostekoers per jaar".

"Finansieringskoste per periode" word op sy beurt weer gedefinieer as

> "die koers waarteen finansieringskoste aan die einde van 'n periode op die dan verskuldigde saldo van die hoofskuld gehef word".[53]

Uit genoemde definisies is dit duidelik dat "finansieringskostekoers per jaar" op 'n nominale koers neerkom. So sal 2% per maand neerkom op 'n nominale koers van 24% per jaar.

Indien 'n persoon van 'n rentekoers praat, is dit onteenseglik so dat 'n nie-vakkundige gewoonlik eerste aan 'n bytelkoers dink. In 'n sekere sin is die begrippe "nominale rentekoers" en "effektiewe rentekoers" vir die nie-vakkundige ewe vreemd. Hierdie feit moes deeglik in oorweging geneem word toe hulpmiddele voorberei is om gebruikers van die wet by te staan om die nodige renteberekeninge te doen.[54] Hierdie hulpmiddele bestaan gewoonlik uit finansiële tabelle. Ingevolge artikel 2(4)(a) is die Minister van Finansies verplig om tabelle van dié aard in die *Staatskoerant* te publiseer.[55]

3 2 2 Koerstabelle

3 2 2 1 Algemeen

Die tabelle wat deur die Minister van Finansies in die *Staatskoerant* gepubliseer is, kan vir twee doeleindes gebruik word, naamlik om 'n jaarlikse bytelkoers om te skakel na 'n jaarlikse finansieringskostekoers[56] en omgekeerd.

3 2 2 2 Die bepaling van 'n jaarlikse bytelkoers

Hoe word 'n bytelkoers per jaar bepaal? 'n Mens kan die vraag met behulp van 'n voorbeeld beantwoord: K koop 'n saak vir R400. Die prys met die finansieringskoste (wat R100 beloop) moet in 36 gelyke maandelikse paaiemente betaal word. Die jaarlikse bytelkoers kan soos volg bepaal word:[57]

$$\frac{100}{3 \times 400} \times \frac{100}{1} = 8{,}33\%$$

Om die tabelle wat gepubliseer is, te kan gebruik, moet die bytelkoers tot een desimale punt benader word.

---

53 Sien a 1 "finansieringskostekoers per periode".

54 Die *Franzsen-verslag 1* het die aangeleentheid soos volg behandel (22 par 205): "[T]he calculation of annual finance charge rates in respect of such transactions can occupy a great deal of time in practice, especially when the persons who have to do so are perhaps not always fully conversant with the calculation techniques involved, which again may increase administrative costs." Daar word dus aanbeveel dat tabelle deur die Minister van Finansies opgestel en in die *Staatskoerant* gepubliseer word waarvolgens finansieringskostekoerse bereken kan word waar betalings reëlmatig geskied.

55 R2019 *SK* 2019 van 1974–11–1; soos gewysig deur R2100 *SK* 2076 van 1974–11–15; R2457 *SK* 3505 van 1982–12–11; en soos bygewerk deur R3786 *SK* 9950 van 1985–10–4.

56 Hierbo is aangedui dat die jaarlikse finansieringskostekoers op 'n nominale jaarkoers neerkom (sien par 3 2 3 2 hierbo).

57 Sien die "Skedule" tot R2019 *SK* 2019 van 1974–11–1, soos gewysig deur R2100 *SK* 2076 van 1974–11–15; R2457 *SK* 3505 van 1982–12–11; en soos bygewerk deur R3786 *SK* 9950 van 1985–10–4. Die 36 maandelikse betalings moet na 'n termyn in jare omgewerk word (3 jaar) omdat 'n jaarlikse bytelkoers bereken moet word.

3 2 2 3 Die tabelle

Tabelle vir weeklikse, maandelikse, kwartaallikse, halfjaarlikse en jaarlikse betalings is gepubliseer.[58] Hieronder is 'n uittreksel uit een van die tabelle:

Maandelikse Betalings
Bytelkoers per jaar

Getal Betalings	8,0	8,1	8,2	8,3	8,4	8,5
1	8,0	8,1	8,2	8,3	8,4	8,5
6	13,6	13,8	13,9	14,1	14,3	14,4
12	14,5	14,6	14,8	15,0	15,2	15,3
24	14,7	14,9	15,0	15,2	15,4	15,6
36	14,5	14,7	14,9	15,1	15,2	15,4

'n Bytelkoers van 8,3% betaalbaar in 36 gelyke maandelikse paaiemente beteken dus dat die nominale koers waarteen die transaksie gefinansier word 15,1% beloop.

Die tabelle kan ook gebruik word om 'n nominale koers om te skakel na 'n bytelkoers. Indien laasgenoemde bekend is, kan 'n kredietverbruiker se maandelikse paaiemente bereken word. 'n Mens kan die volgende as voorbeeld neem: L leen R10 000 by G. Hy moet die bedrag in gelyke maandelikse paaiemente oor 'n termyn van 24 maande terugbetaal. Die transaksie word gefinansier teen 'n nominale koers van 15,6% per jaar. Die bytelkoers (soos bepaal met behulp van die tabelle) is 8,5% per jaar. Die totale bedrag finansieringskoste word soos volg bereken:[59]

$$\frac{8,5}{100} \times 2 \times \frac{10\,000}{1}$$
$$= \text{R}1700$$

Die maandelikse paaiement word eenvoudig bereken deur die kapitaal (R10 000) en finansieringskoste (R1 700) bymekaar te tel en deur die aantal maande (24) te deel.

3 2 2 4 Toekomstige verwikkelinge

In 1986 is die Wet op Beperking en Bekendmaking van Finansieringskoste gewysig. In die eerste plek staan die betrokke wet na genoemde datum nou weer as die Woekerwet bekend.[60] Alhoewel die basiese wyse waarop finansieringskoste bereken word, nie gewysig is nie, het die wetgewer die tabelle waaronder bytelkoerse na nominale koerse omgeskakel kon word (en omgekeerd), by implikasie herroep. Artikel 2(4) is gewysig en lui soos volg:[61]

---

58 Sien vn 55 hierbo.

59 Die "2" in die formule hieronder verteenwoordig die totale afbetalingstermyn uitgedruk in jare.

60 A 9 van Wet 42 van 1986.

61 Die tabelle behoort berekeninge te vergemaklik omdat die enigste berekening wat nou gemaak sal moet word, daarop neerkom dat die hoofskuld en die "bedrag finansieringskoste" bymekaar getel word en gedeel word deur die getal paaiemente om die paaiementbedrag te bepaal.

"Die Minister publiseer tabelle in die Staatskoerant waaruit–

(a) die bedrag finansieringskoste wat gehef mag word ten opsigte van 'n geldleningstransaksie of 'n krediettransaksie of 'n huurtransaksie in verband waarmee daar ooreengekom is dat betaling van die hoofskuld en finansieringskoste by wyse van reëlmatige betalings moet geskied, vasgestel kan word."

Die betrokke wysiging moet nog in werking tree op 'n datum wat deur die Staatspresident by wyse van proklamasie bepaal sal word.[62]

4 NOMINALE KOERSE TEENOOR EFFEKTIEWE KOERSE

4 1 Algemeen

Hierbo is aangedui dat Suid-Afrika die voorbeeld van die Verenigde State van Amerika gevolg het deur te vereis dat vir doeleindes van die bekendmaking van finansieringskoste, finansieringskoerse na nominale koerse herlei moet word.[63] Soos die Franzsen-komitee tereg aangedui het, is dit ongetwyfeld so dat uit 'n akademiese oogpunt effektiewe koerse veel beter aan die doel van bekendmakingsvereistes voldoen as wat die geval met nominale koerse is.[64] Die verskille tussen nominale en effektiewe rentekoerse is nie baie groot waar die nominale rentekoers laag is en die hoeveelheid keer per jaar wat rente gehef word, klein is nie.[65] Die verskille word egter dramaties waar 'n hoë nominale koers beding word en rente op 'n gereelde basis gehef word. Neem byvoorbeeld 'n persoon met 'n oortrokke tjekrekening wat teen 'n nominale koers van 18% per jaar deur die bank gefinansier word, berekenbaar op 'n daaglikse saldo. In hierdie gevalle kom die effektiewe jaarkoers op 19,7% neer. 'n Mens kan na nog 'n voorbeeld kyk. 'n Persoon laat 'n kustingsbrief oor sy eiendom registreer vir R120 000, terugbetaalbaar oor twintig jaar in gelyke maandelikse paaiemente teen 'n nominale koers van 20% per jaar. So 'n persoon betaal 'n effektiewe koers van 21,94% per jaar.[66]

Die Franzsen-komitee se uitgangspunt is dat hier 'n keuse gemaak moet word tussen 'n eenvoudige (dog nie heeltemal akkurate) berekeningsproses aan die een kant en 'n akkurate (dog ingewikkelder) berekeningsproses aan die ander kant. Daar word egter aan die hand gedoen dat daar nie noodwendig 'n spanning tussen eenvoud en akkuraatheid hoef te wees nie.

Die vraag ontstaan of daar nie regstelsels is wat wel die bekendmaking van effektiewe koerse vereis nie en indien wel, op welke wyse genoemde regstelsels die praktiese probleme wat deur die Franzsen-komitee voorsien is, die hoof gebied het.

---

62 Sien a 2(2) van Wet 42 van 1986. Mnr H le Roux van die Kantoor van die Registrateur van Finansiële Instellings het my telefonies meegedeel dat vanweë die feit dat die Woekerwet 73 van 1968 na die Suid-Afrikaanse Regskommissie vir hersiening verwys is, daar nie aan hierdie aspek aandag gegee gaan word alvorens die regskommissie verslag gedoen het nie.

63 Par 3 1 hierbo; sien Goode *The Consumer Credit Act* 156.

64 *Franzsen-verslag 1* 18 par 167.

65 Goode *The Consumer Credit Act* 158. In die verlede is gesê dat in regstelsels waar daar statutêre beheer uitgeoefen word oor maksimum rentekoerse (rentekoerse dus redelik laag is), nominale rentekoerse gewoonlik vereis word vir bekendmakingsdoeleindes omdat die verskil tussen nominale en effektiewe rentekoerse in hierdie situasies te klein is om enigsins van belang te wees. Hierdie argument hou egter nie meer steek nie. In Suid-Afrika is 'n 30% per jaar statutêre maksimum nie iets vreemd nie (sien bv R1745 *SK* 9372 van 1984–8–7) en soos Goode dit stel (*The Consumer Credit Act* 158): "At these levels, the divergence between nominal and effective becomes striking."

66 Karpinski en Fielding 22.

4 2 Engeland

Die Engelse Consumer Credit Act van 1974 vereis dat kredietkoste in effektiewe koerse aan kredietverbruikers verskaf moet word. Artikel 20(1) van dié wet lui soos volg:

> "The Secretary of State shall make regulations containing such provisions as appear to him appropriate for determining the true cost to the debtor of the credit provided or to be provided under an actual or prospective consumer credit agreement (the total charge for credit), and regulations so made shall prescribe–
>
> (a) what items are to be treated as entering into the total charge for credit, and how their amount is to be ascertained;
>
> (b) the method of calculating the rate of the total charge of credit."

Die wet self spesifiseer nie hoe die "total charge for credit" bereken moet word nie behalwe vir sover vereis word dat dit die "true cost" moet weergee.[67] Op 28 April 1980 het die Consumer Credit (Total Charge for Credit) Regulations in werking getree.[68] Genoemde regulasies moet in noue verband met die bepalings van die wet gelees word. Die bepalings van die wet moet byvoorbeeld gebruik word om te bepaal wat die "total credit advanced" ingevolge die ooreenkoms beloop.[69] Laasgenoemde kan op sy beurt net bepaal word as vasgestel is watter uitgawes as deel van die "total charge of credit" bereken moet word.[70] In dié verband bepaal artikel 9(4) soos volg:

> "For the purposes of this Act, an item entering into the total charge for credit shall not be treated as credit even though time is allowed for its payment."

Daar word ook in die regulasies aangedui hoe die "rate of total charge for credit" bereken moet word.[71] Formules is voorsien waar 'n koers per periode beding is;[72] waar krediet in 'n enkelbedrag voorsien en terugbetaalbaar is;[73] en 'n formule wat op enige tipe ooreenkoms van toepassing gemaak kan word.[74] Soos Macleod en Cronin tereg opmerk:[75]

> "It was always foreseen that the formula for computing the rate of interest in a regulated fixed credit agreement would be an extremely complicated affair; and so it has proved to be. However, not even the optimistic politicians envisaged shop assistants casually making such calculations during the course of a quiet Saturday afternoon's business."

Om hierdie probleme te bowe te kom, is daar voorsiening gemaak dat middele beskikbaar gestel word om persone met die berekeninge behulpsaam te wees. Die "Office for Fair Trading" het 'n stel tabelle gepubliseer (15 dele) waarvolgens die "rate of total charge for credit" bepaal kan word.[76] Regulasie 10 bepaal dat waar 'n koers vir 'n spesifieke transaksie bepaal moet word en genoemde tabelle

---

67 *Ibid.*
68 *SI* 51 van 1980.
69 A 9 van die Consumer Credit Act van 1974. So bepaal a 9(1): "In this Act credit includes a cash loan, and any other form of financial accommodation."
70 Sien reg 3, 4 en 5 van The Consumer Credit (Total Charge for Credit) Regulations *SI* 51 van 1980.
71 Reg 6.
72 Reg 7.
73 Reg 8.
74 Reg 9.
75 "England" in Goode *Consumer credit* (red Goode) (1978) 292.
76 *Consumer Credit Tables* (gepubliseer deur *HMSO* (1977) (soos gewysig in Desember 1978). Sien Bennion *Consumer credit control* (Band 4) "Consumer Credit Tables" vir die volledige tabelle en die wyse waarop hulle gebruik moet word.

korrek aangewend word, dit geag word dat die koers in ooreenstemming met die vereistes van die wet bepaal is.[77]

Die betrokke tabelle val in drie kategorieë uiteen:

(a) Tabelle 1 tot 10 wat 'n "charge per pound lent" omskakel in 'n effektiewe jaarkoers.[78]

(b) Tabelle 11 tot 14 wat 'n bytelkoers omskakel in 'n effektiewe jaarkoers.[79]

(c) Tabel 15 wat 'n koers per periode omskakel na 'n effektiewe jaarkoers.[80]

Die tabelle in (a) en (b) veronderstel egter dat 'n enkelbedragkrediet aan die kredietopnemer beskikbaar gestel word, welke bedrag en finansieringskoste in gelyke paaiemente en met gelyke tussenposes terugbetaal word.[81] Indien daar nie aan hierdie vereistes voldoen word nie, kan die betrokke tabelle nie gebruik

---

77 The Consumer Credit (Total Charge for Credit) Regulations *SI* 51 van 1980.

78 Die "charge per pound" word bereken deur die finansieringskoste deur die hoofskuld te deel. Die volgende kan as voorbeeld dien: G leen £350 aan L, terugbetaalbaar in 19 weeklikse paaiemente. Die "total charge for credit" beloop £15,47. Die "charge per pound" beloop £15,47 gedeel deur £350 wat gelyk is aan 0.04420. Hieronder volg 'n uittreksel uit die relevante tabel:

Equal Instalments: Weekly intervals					16–20 weeks
Number of Instalments (weeks)					Annual Rate of Charge %
16	17	18	19	20	
.03695	.03915	.04136	.04356	.04577	25.0
.03708	.03929	.04151	.04372	.04611	25.1
.03722	.03944	.04166	.04388	.04611	25.2
.03735	.03958	.04181	.04404	.04627	25.3
.03749	.03972	.04196	.04420	.04644	25.4

Volgens genoemde tabel is die effektiewe koers 25,4% per jaar.

79 Die volgende geval kan as voorbeeld dien: G leen aan L £100 teen 'n jaarlikse bytelkoers van 16,25% terugbetaalbaar in 12 gelyke maandelikse paaiemente. Hieronder is 'n uittreksel uit die relevante tabel.

Annual Flat Rate	Number of Instalments (months 10–15)					
%	10	11	12	13	14	15
16	32.0	32.1	32.3	32.3	32.4	32.4
16.25	32.5	32.7	32.8	32.9	32.9	33.0
16.5	33.1	33.2	33.4	33.4	33.5	33.5

Uit bogenoemde is dit duidelik dat die effektiewe jaarkoers in hierdie geval 32,8% beloop.

80 Neem die volgende as 'n voorbeeld: G leen L £200. Finansieringkoste op genoemde transaksie word verhaal teen 1,918% per maand. Hieronder is 'n uittreksel uit die relevante tabel.

% Period Rate	Annual % Rate of Charge	% Period Rate	Annual % Rate of Charge
1.884	25.1	1.911	25.5
1.891	25.2	1.918	25.6
1.898	25.3	1.925	25.7
1.900	25.3	1.932	25.8
1.905	25.4	1.938	25.9

Hieruit kan afgelei word dat 'n transaksie wat teen 1,918% per maand gefinansier word, 'n jaarlikse effektiewe koers van 25,6% oplewer. Die jaarlikse nominale koers kan bereken word deur die koers per periode met die aantal periodes in 'n jaar te vermenigvuldig. In hierdie geval beloop die nominale jaarkoers 23% (1,918% × 12).

81 Goode *The Consumer Credit Act* 176.

word nie. In so 'n geval sal die formules wat verskaf is, aangewend moet word om die koers te bereken.[82]

5 GEVOLGTREKKING

In die gedeelte wat gehandel het oor die Suid-Afrikaanse reg is daarop gewys dat die wetgewer vir hulpmiddele voorsiening gemaak het om die berekening van finansieringskoste te vergemaklik.[83] Daar is byvoorbeeld tabelle voorsien waarvolgens die bytelkoers na 'n nominale koers omgeskakel kan word en omgekeerd.[84] Indien dit vasstaan dat tabelle eenmaal voorsien moet word, is dit nie langer logies om met nominale rentekoerse te werk nie. Om 'n bytelkoers by wyse van 'n tabel om te skakel na 'n nominale koers is niks makliker of moeiliker as om daardie selfde bytelkoers met behulp van tabelle om te skakel na 'n effektiewe rentekoers nie. So gesien, is daar nie werklik *op 'n praktiese vlak* probleme om effektiewe rentekoerse vir bekendmakingsdoeleindes te verlang nie.[85]

Uit die bespreking het dit geblyk dat die wetgewers van verskillende lande vereis dat die finansieringskoste en finansieringskostekoerse by verbruikerskrediettransaksies bekend gemaak moet word. In dié verband is daar twee benaderings. Vir bekendmakingsdoeleindes vereis sommige nominale koerse terwyl ander weer effektiewe koerse vereis. Beide koerse het voor- en nadele. Per slot van rekening is dit 'n regspolitieke besluit wat in dié verband geneem moet word. Sedert die Franzsen-komitee in 1968 sy verslag gepubliseer het,[86] het daar op die betrokke gebied heelwat ontwikkelinge elders plaasgevind.[87] Derhalwe word aan die hand gedoen dat die aangeleentheid heroorweeg word.

---

82 Reg 6–9 The Consumer Credit (Total Charge for Credit) Regulations *SI* 51 van 1980.

83 Sien par 3 2 2 hierbo.

84 *Ibid.*

85 Die Patterson-kommissie stel dit soos volg (*Credit contracts: report of the contracts and commercial law reform committee* (voorsitter CI Patterson) (1977) 134: "The only formula which we have found to be meaningful is that of the 'effective rate . . .' " En (141): "A major objection to the implementation of true rate disclosure is the difficulty of calculating . . . This objection can be overcome by the publication of official rate tables." Sien ook a 5 en 6 saamgelees met Bylae 1 van die Nieu-Seelandse Credit Contracts Act 27 van 1981.

86 Sien vn 4 hierbo.

87 Sien Grové *Gemeenregtelike en statutêre beheer oor woekerrente* (LLD-proefskrif RAU 1989) 223 ev.

Is a right of rescission subject to extinctive prescription?

MM Loubser
BA LLB DPhil
Professor of Private Law, University of Stellenbosch

OPSOMMING

Is 'n aanvegtingsreg onderworpe aan skuldverjaring?

Die bepalings aangaande skuldverjaring in die Verjaringswet 68 van 1969 is van toepassing op 'n "skuld" ("debt") en die begrip "skuld" word gewoonlik in regspraak omskryf as 'n verpligting om 'n prestasie te lewer, hetsy deur iets te doen (byvoorbeeld betaling of lewering) of nie te doen nie. Die keersy van hierdie verpligting is die reg op sodanige prestasie, welke reg verval indien die skuld deur verjaring uitgewis word. In hierdie artikel word die vraag bespreek of die verpligting of aanspreeklikheid van 'n kontraksparty teenoor wie 'n aanvegtingsreg uitgeoefen kan word, ingevolge die Verjaringswet 'n "skuld" is wat deur verjaring uitgewis kan word, met die gevolg dat die aanvegtingsreg verval.

By ontleding van die begrip "reg" blyk dit dat hierdie begrip verskillende betekenisse het, onder meer dié van (a) 'n vorderingsreg, dit wil sê 'n reg op prestasie — met as keersy die verpligting om die prestasie te lewer; en (b) 'n bevoegdheid of kompetensie, dit wil sê 'n reg om die regsposisie van die reghebber of van 'n ander persoon te verander — met as keersy die verpligting of aanspreeklikheid van die ander persoon om die verandering van sy regsposisie deur uitoefening van die bevoegdheid of kompetensie te gedoog. In regspraak word onder die begrip "skuld" vir doeleindes van verjaring oorwegend eersgenoemde verpligting verstaan, hoewel in sekere uitsprake 'n wyer betekenis aan "skuld" gegee word as synde enige verpligting wat die keersy van 'n ander se reg is, of enige verpligting of aanspreeklikheid wat uit 'n kontrak voortvloei. Laasgenoemde betekenis sou ook insluit die verpligting om die uitoefening van 'n aanvegtingsreg te gedoog.

In die gemenereg en in vroeëre wetgewing oor verjaring was 'n aanvegtingsreg in die vorm van 'n *actio redhibitoria* en die gepaardgaande reg op *restitutio in integrum* deurgaans onderworpe aan 'n kort verjaringstermyn; daar is geen aanduiding dat 'n aanvegtingsreg in die algemeen nie aan verjaring onderworpe was nie. Uit 'n beleidsoogpunt behoort 'n aanvegtingsreg onderworpe te wees aan verjaring, onder meer weens die onwenslikheid om aanvegting van 'n kontrak met terugwerkende krag toe te laat nadat die kontrak reeds vir 'n lang tydperk in werking was.

In terms of the Prescription Act 68 of 1969 extinctive prescription applies to a "debt", and in case law a "debt" is generally defined as the obligation of one person to pay or to render some or other performance to another. The right to such performance is the correlative of the "debt". If such performance is not enforced timeously the debt is extinguished by prescription.[1] The question to

1 For the nature and effect of extinctive prescription, see Loubser "Towards a theory of extinctive prescription" 1988 *SALJ* 34.

be examined in this article is whether the right to rescind a contract can be rendered unenforceable by the operation of extinctive prescription.

1 HISTORICAL BACKGROUND

The law of extinctive prescription is statutory in origin. In classical Roman law actions were not generally subject to time limits and the first general prescription period was instituted by the emperor Theodosius in 424 AD.[2] Known as *praescriptio longi temporis*, it applied to *actiones in rem* and *actiones in personam* and imposed a prescription period of thirty and sometimes forty years.[3] Acquisitive and extinctive prescription were mostly not clearly distinguished and there was no theoretical exposition of the nature of prescription, that is, whether it affected only the procedural remedy (weak prescription) or the right itself (strong prescription).[4] Apart from the general *praescriptio longi temporis*, there were also certain *actiones temporales* which had to be instituted within a certain time, after which the remedy lapsed.[5]

The action for rescission of a sale on the ground of a latent defect (*actio redhibitoria*) was therefore subject to a prescription period of six months.[6] This action and the action for price reduction on the ground of a latent defect (*actio quanti minoris*), which was subject to a prescription period of a year, probably overlapped with the general contractual action, the *actio empti*, in the time of Justinian when forms of action were already obsolete.[7] It appears that the *actio redhibitoria*, originally applicable to the sale of slaves and cattle, was later extended to all sales of property, and was available to a purchaser where the seller knowingly or even, it seems, unknowingly failed to disclose a defect in the property sold.[8] Upon rescission of the contract, a right to *restitutio in integrum* arose and in Roman law a prescription period of four years applied in respect of *restitutio in integrum* generally.[9] It appears that the *actio empti* of the purchaser, in so far as it did not overlap with the *actio redhibitoria*, was subject to the prescription period of thirty years which was applicable to actions generally, no specific shorter period being prescribed in the law of Justinian for this action. Likewise, no specific shorter prescription period applied to an action for rescission of a contract other than a contract of sale.

The Roman-Dutch authors for the most part adhered to the law regarding prescription as set out in the Justinian codification.[10] The terminology employed by them in respect of prescription indicates varied perceptions as to the nature

---

2 *C* 39 3; Kaser *Römisches Privatrecht* (1986) 37.
3 Kaser *loc cit*; Krause "The history and nature of acquisitive prescription and limitation of actions in Roman-Dutch law" 1923 *SALJ* 30–31.
4 Cf De Wet *Opuscula miscellanea* (ed Gauntlett 1979) 78–79.
5 De Wet *op cit* 78.
6 *D* 21 1 38*pr*; cf De Zulueta *The Roman law of sale* (1945) 47.
7 De Zulueta *loc cit*.
8 *D* 21 1 1 1; cf also *D* 44 4 2 5.
9 *C* 2 52(53) 7. Cf, however, Van der Keessel *Voorlesinge oor die hedendaagse reg na aanleiding van De Groot se Inleiding tot de Hollandse Rechtsgeleerdheyt* (transl Van Warmelo *et al* 1967) Th 900, who expresses the view that in Roman law *restitutio in integrum* based on undue influence (*metus*) or fraud (*dolus*) was not subject to any shorter prescription period than that applicable to the normal action on the contract.
10 Cf Lichtenauer *De vernietigende verjaring en aanverwante rechtsfiguren, beschouwd naar wezen, begrenzing en onderlinge verhouding* (1932) 6; De Wet *op cit* 79.

and effect of extinctive prescription. Thus De Groot refers to prescription as having the effect of discharging a debt ("de schuld werd ghehouden voor ghequeten"),[11] and Van der Linden gives a similar description of the effect of prescription ("Verjaring doet ook de verbintenissen zoodanig vergaan").[12] Voet gives the following general description:

> "Prescriptions of times will be broadly regarded as not only embracing things which have to be done within a definite time, so that the capacity to do them is lost after the passage of the time, but also things which have a definite time prescribed within which the law forbids something to be done."[13]

Huber appears to regard prescription as affecting "actions and indictments",[14] and elsewhere refers to a time period of "four years for *restitutio in integrum*".[15] However, the predominant view among the Roman-Dutch authors appears to be that prescription has a strong effect, extinguishing the obligation itself and not only the remedy.[16] The most detailed theoretical exposition of this view is given by Van der Keessel, who states that in the Dutch law of his time prescription had the effect of extinguishing the debt.[17]

As to the prescription periods applicable to rescission of contract by means of the *actio redhibitoria*, and to *restitutio in integrum* generally, the Roman-Dutch authors for the most part adhere to the law of Justinian, but sometimes indicate changes in prescription periods that had become part of Dutch law.

Voet states in this regard:

> "[A]ccess to the remedy of restitution does not lie open at all times; for he who has been damaged prayed in vain for restitution after the lapse of an available year in old times, and under the later law of a continuous period of four years. An exception was the class of restitution which comes under the heading of restitution on the ground of fraud . . . " (the prescription period being two years as from the time of the fraud).[18]

Elsewhere he states that the *actio redhibitoria* was available for rescission of a sale on grounds of misrepresentation, either by way of reticence or by a statement or promise (*dictum promissumve*) made by the seller,[19] and that a six-month time period was originally fixed in respect of this action.[20]

Groenewegen also states that in applying for *restitutio in integrum* a period of four years instead of the original one year was eventually allowed, and that in his day *litis contestatio* had to take place within the four years, even if the proceedings were only terminated long after the lapse of four years; and that the courts in any event usually granted condonation where proceedings were instituted too late.[21]

---

11 De Groot 3 46 1.
12 Van der Linden *Regtsgeleerd practicaal en koopmans handboek* (1806) 1 18 8.
13 *The selective Voet being the commentary on the Pandects* (transl Gane 1955) 44 3 5.
14 Huber *Jurisprudence of my time* (transl Gane 1939) 5 14 1.
15 5 14 6.
16 Cf De Wet *op cit* 104.
17 *Op cit* Th 874: "[B]y ons hef die verjaring die skuld deur regswerking op, presies soos die kwytskelding wat d.m.v. 'n formele ontvangserkenning geskied."
18 4 1 16; also 44 3 14, where he refers to *C* 2 52(53) 7 and states that four years are allowed for claiming *restitutiones in integrum* on most causes.
19 21 1 3.
20 21 1 6.
21 Groenewegen *A treatise on the laws abrogated and no longer in use in Holland and neighbouring regions (De Legibus Abrogatis)* (transl Beinart 1975) *Ad C* 2 52(53) 7 1–3.

Van der Keessel refers to both the *actio redhibitoria* and the *actio empti* as remedies for obtaining restitution following the rescission of a contract of sale,[22] and elsewhere indicates that rescission of contract and restitution on the ground of fraudulent or innocent misrepresentation could be obtained by means of the *actio empti*.[23] In the section dealing with prescription he states that a prescription period of thirty years applied to personal actions generally (*in actionibus personalibus*), whereas a shorter prescription period applied in case of certain debts (*obligationes*), such as the one year applicable to the *actio redhibitoria*.[24] Later he states that *restitutio in integrum* based on undue influence (*metus*) or fraud (*dolus*) or undue inequality (*nimia inaequalitas*) rightly was not subject to any prescription period (*Merito itaque et haec restitutio est perpetua*), because such conduct was contrary to the nature of a legal transaction. He explains in the same section that restitution in these cases was therefore available for as long as it was possible to obtain rescission of the contract by means of the *actio ex contractu* (that is the *actio empti* in the case of sale).[25] It appears to follow that in Van der Keessel's view the right to obtain restitution in such cases only lapsed by operation of the general prescription period of thirty years.

It appears, therefore, that there is some difference of opinion among the Roman-Dutch authors as to the prescription period applicable to *restitutio in integrum*. Voet and Groenewegen (cited above), Huber[26] and Van Leeuwen[27] appear to accept that a four-year period applied generally, whereas De Groot,[28] Van der Keessel (cited above) and Van Leeuwen in another work[29] accept that the prescription period is thirty years, except where the ground for restitution is minority.

In some early decisions South African courts had to apply the Roman-Dutch law governing extinctive prescription where rescission of contract by means of the *actio redhibitoria* and *restitutio in integrum* were involved. Some of these cases were decided before legislation governing extinctive prescription came into operation, and others by reason of the fact that the existing legislation did not refer specifically to the extinctive prescription of these rights or remedies.

Courts in the pre-Union Cape Colony, Transvaal and Natal held that rescission by means of the *actio redhibitoria* was subject to a prescription period of six months, but that the court could exercise a discretion to extend this period.[30] As regards *restitutio in integrum*, it was assumed, but not decided, in one Transvaal case that an action for *restitutio in integrum* following rescission of a contract on the ground of misrepresentation was barred according to Roman-Dutch law after four years, but that the court has a discretion to extend the period.[31]

---

22 *Op cit* Th 642.
23 *Op cit* Th 666.
24 *Op cit* Th 874 876.
25 Th 900. Here and in Th 206, he states that restitution based on minority was subject to a prescription period of four years, calculated from the date of attaining majority. In Th 881 a prescription period of one year is mentioned as regards the action for restitution by heirs on the ground of the incorrect distribution of an estate.
26 *Op cit* 5 14 6.
27 *Het Roomsch Hollandsch recht* (ed Decker 1783) 4 42 3.
28 *Op cit* 3 48 13.
29 *Censura forensis* (1662) 1 4 41 8, 1 4 42 5, 1 4 43 8.
30 *Nourse v Malan* 1909 TS 202; *Haviside v Jordan* 1903 SC 149; *Christie v Etheridge* 1902 SC 367; *Sander & Co v Douglas* 1900 NLR 246.
31 *Road's Trustees v Scott and De Villiers* 1910 TPD 47 61.

However, in *Umhlebi v Estate of Umhlebi and Fina Umhlebi*[32] Kotze JP held that an action for restitution in Roman-Dutch law generally became prescribed after thirty years, except on the ground of minority in which case the prescription period was four years.

In Roman and Roman-Dutch law an action for rescission was often treated as necessarily involving an action for *restitutio in integrum*, and an action for rescission which did not constitute an *actio redhibitoria* would therefore have been subject to the prescription period applicable to an action for restitution. The association of an action for rescission with an action for restitution is specifically mentioned by Van der Keessel[33] who states, however, that in his view mere rescission can be obtained by the *actio empti* and that the party wishing to rescind, need not necessarily claim restitution.[34]

In the pre-Union period, extinctive prescription in each of the later provinces was to some extent governed by legislation and to some extent by common law.[35] The Transvaal statute was the most comprehensive and served as a model for the first post-Union national statute, the Prescription Act 18 of 1943.[36] Section 3 of the Transvaal Act 26 of 1908 provided that the period of prescription in respect of proceedings at common law known as the *actio redhibitoria* would be one year. The Transvaal court held that the effect of this section was to take away any discretion of the court as regards the period of prescription in such an action. This type of action was held to be applicable in case of a latent defect, the *actio ex empto* being the proper remedy in case of fraudulent misrepresentation or bad faith, or where the seller gave an express warranty. The prescription period was held to run from the time of the contract.[37]

Section 7 of the Transvaal Act 26 of 1908 provided that the period of prescription in respect of proceedings at common law for *restitutio in integrum* would be four years.

The Roman and Roman-Dutch law on rescission of a contract of sale by means of the *actio redhibitoria* and the *actio empti* was also extensively reviewed in the case of *Hackett v G & G Radio and Refrigerator Corporation*.[38] In the majority judgment Watermeyer CJ concluded that two different rights of action derive from Roman law in respect of a claim of rescission of contract where the *res vendita* is marred by the presence of an undisclosed latent defect.[39] However, the notion that these two rights of action have different periods of prescription, is fallacious. In the developed Roman and Roman-Dutch law there is only one right of action, known as the *actio redhibitoria*, which has been developed by the application of some principles taken from the aedilitian *actio redhibitoria* and some from the *actio empti*. This right of action in its developed

32 (1905) 19 EDC 237 252.
33 *Op cit* Th 666; Th 901.
34 Th 666; cf also Wessels *The law of contract in South Africa* (ed Roberts 1951) par 3154–3155; *McLeod v Dunell, Ebden & Co* 1868 Buch 182 201.
35 Act 6 of 1861 (Cape); Act 14 of 1861 (Natal); Chapter 23 of the Orange Free State Code; Act 26 of 1908 (Transvaal).
36 See De Wet and Yeats *Kontraktereg en handelsreg* (De Wet and Van Wyk 1978) (cited as De Wet & Yeats) 256 fn 6.
37 *Cluley v Muller* 1924 TPD 720.
38 1949 3 SA 664 (A) 674–686.
39 685–686.

form is therefore neither the *actio redhibitoria* nor the *actio empti* of Roman law.

In *Phame (Pty) Ltd v Paizes*[40] the scope of the aedilitian remedies of rescission and price reduction applicable to a contract of sale was fully considered by the appellate division in the context of a sale of shares in a company. The court held that these remedies apply not only where the *res vendita* suffers from a latent defect, but also where the seller made some other material statement to the purchaser during the negotiations leading to the sale, having a bearing on the quality of the *res vendita* and going beyond mere praise and commendation.

From this survey of Roman and Roman-Dutch law, and case law where the common law was applied, it appears that the right to obtain a court order for rescission of a contract of sale by means of the *actio redhibitoria* was consistently regarded as subject to a short period of extinctive prescription. It also appears that the right to obtain rescission of a contract generally was not, in Roman or Roman-Dutch law, subject to any specific prescription period. It must be assumed, therefore, that the general prescription period of thirty years applied in such a case. The right to obtain *restitutio in integrum* is often concomitant with the right of rescission. In common law an action for restitution based on minority was subject to a four-year prescription period. There appears to be some difference of opinion whether an action for restitution based on other grounds was subject to a four- or thirty-year prescription period.

2 THE PRESCRIPTION ACT 18 OF 1943

The 1943 act was to a large extent modelled on the Transvaal Act 26 of 1908, and the general effect of prescription as embodied in the 1943 act is that a "right" is "rendered unenforceable" by the lapse of time.[41] The term "right" is not defined in the act, and the approach in the act is in any event not uniform, in that not only a "right", but also an "action"[42] or a "contract"[43] is made subject to prescription.[44] As regards rescission of contract and restitution, section 3(2)(b)(ii) of the act provides for a prescription period of one year in respect of the *actio redhibitoria* and section 3(2)(c)(viii) provides that the period of extinctive prescription in respect of *condictiones indebiti*, *condictiones sine causa* and the common-law proceedings for *restitutio in integrum* is three years.

The *actio redhibitoria* referred to in Act 18 of 1943, was not fully defined in the *Hackett* judgment referred to above, but Watermeyer CJ held that, even if it does not include an action for rescission based on an express warranty against latent defects, or on the actual knowledge of such defects on the part of the seller, it does at any rate include an action for rescission based on the ground of a latent defect of which the seller is unaware and in respect of which he has given no express warranty.[45]

In the same case Centlivres JA[46] described the *actio redhibitoria* as the right to bring an action for recovery of the purchase price with interest from the

40 1973 3 SA 397 (A).
41 S 3(1).
42 S 3(2)(b), s 3(2)(c)(vi)–(vii) and s 3(2)(e)(iii) Act 18 of 1943.
43 S 3(2)(c)(i)–(v), s 3(2)(d) and s 3(2)(e)(i) Act 18 of 1943.
44 See De Wet *Opuscula miscellanea* 110–111.
45 685–686.
46 687.

vendor, based in essence on an implied warranty that the article sold does not suffer from a latent defect which renders it unfit for the purpose for which it was bought.

In this case a purchaser instituted action for rescission and return of the purchase price of furniture, on the ground of a material defect in the form of infection by borer beetles; the majority of the court held the action to be an *actio redhibitoria* within the meaning of Act 18 of 1943, and the applicable prescription period was therefore one year.

In other cases it was held that an action for consequential damages against the seller of an article with a latent defect, which article was impliedly guaranteed to be of good quality and was sold by a dealer in that commodity, was not an *actio redhibitoria* within the meaning of the 1943 act;[47] and that a claim for rescission and restitution based on a breach of contract was likewise not an *actio redhibitoria*.[48]

As to the application of the prescription period in respect of the *actio redhibitoria*, it has been held that the period is to be calculated from date of the sale, when the right of action accrues to the purchaser.[49]

As regards *restitutio in integrum* and the *condictiones* referred to in section 3(2)(c)(viii) Act 18 of 1943, it has been accepted in case law that this sub-section was intended to cover most, if not all, of the common-law claims for restitution. In one judgment this view was adopted mainly on the ground that it would produce an absurd result if a prescription period of three years were to apply only to the *condictiones* specifically referred to, while other common-law *condictiones* would be subject to a prescription period of thirty years.[50] De Wet and Yeats state specifically with reference to this section: "Mens moet . . . aanvaar dat terugvorderings van wat ten gevolge van nietige of vernietigbare ooreenkomste gepresteer is, na drie jaar verjaar."[51] In another case it was held that the names of the *condictiones* mentioned in this section are purely descriptive and do not refer to different causes of action, and that

> "the distinction between the *condictiones* and the remedy of *restitutio in integrum*, a praetorian remedy, largely disappeared with the disappearance of the separate jurisdiction of the praetor, although it presupposes a voidable transaction as opposed to a contract which is void *ab initio*".[52]

It must be concluded, therefore, that in terms of the 1943 Prescription Act, in circumstances where the *actio redhibitoria* is not applicable, the right to institute action for rescission of a voidable contract, and the concomitant right to claim restitution, are rendered unenforceable by prescription after three years as "from the date on which the right of action first accrued against the debtor".[53] A right of action may arguably accrue against a debtor even though performance by the debtor is not yet due;[54] and the right to claim rescission and restitution

---

47 *Jaffe & Co (Pty) Ltd v Bocchi* 1961 4 SA 358 (T).
48 *Wannenburg v Vogel en Seuns* 1951 3 SA 599 (T).
49 *Vosloo v Harris & Demerell Ltd* 1950 4 SA 76 (E).
50 *Glaser v J* 1956 2 SA 457 (T) 460H–461A.
51 *Op cit* 259 fn 24.
52 *Goss v EC Goss & Co (Pty) Ltd* 1970 1 SA 601 (D) 607A–B.
53 Cf s 5(1)(d).
54 Cf *Hamilton Plase (Edms) Bpk v Stadler* 1977 3 SA 211 (NC); De Wet *Opuscula miscellanea* 114.

would therefore normally accrue on the date of the contract. The running of the prescription period is suspended in terms of the act where the creditor is prevented by fraudulent conduct of the debtor from coming to know of the facts from which the right of action arise.[55]

3 THE PRESCRIPTION ACT 68 OF 1969

Some years prior to the promulgation of the 1969 Prescription Act, Professor JC de Wet was requested by the Law Reform Commission to prepare a memorandum on prescription, with suggestions for reform of the existing legislation. He had by then already published some trenchant criticism of the system and formulation of the 1943 act,[56] and problems of interpretation of the 1943 act were evident from a considerable volume of case law. The resulting memorandum contained a draft for a new act; and with relatively minor amendments this draft was adopted by the legislature and became Act 68 of 1969. The memorandum was subsequently published.[57]

As noted above, the general effect of the 1943 Prescription Act was that a "right" was "rendered unenforceable" by the lapse of time.[58] The term "right" was not defined in the act, and the approach in the act was in any event not uniform, in that not only a "right", but also an "action",[59] or a "contract"[60] was made subject to prescription.[61] A two-tier system was embodied in the act: (a) Once the prescription period applicable to a particular "right", "action" or "contract" had elapsed, the creditor's right was emasculated in that it could not be enforced by legal process other than by way of counterclaim; and could otherwise be relied upon only by way of set-off or as the principal debt for the purposes of suretyship. (b) The thus prescribed "debt" became extinct for all purposes, however, after a prescription period of thirty years had elapsed.[62]

In his memorandum De Wet described this two-tier system as an attempt to sit on a fence between weak and strong prescription; an attempt which did not bring clarity about the actual nature of prescription.[63] He expressed a preference for prescription with a strong effect because, in his view, an emasculated debt which can be of value to the creditor only in an indirect way, serves no useful purpose. He therefore proposed that the "debt" itself become extinct as a result of prescription – with qualifications such as that the court cannot take note of prescription of its own accord, and that a prescribed "debt" can be fulfilled without allowing the debtor to obtain restitution of performance by way of the *condictio indebiti*.[64]

Another aspect of the 1943 act that was criticised in the memorandum was that a "defence" was apparently made subject to a prescription rule different

55 S 7(1)(d)–(e).
56 Cf De Wet & Yeats 256–260.
57 De Wet *Opuscula miscellanea* 75–144.
58 S 3(1).
59 S 3(2)(b), s 3(2)(c)(vi)–(vii) and s 3(2)(e)(iii) Act 18 of 1943.
60 S 3(2)(c)(i)–(v), s 3(2)(d) and s 3(2)(e)(i) Act 18 of 1943.
61 See De Wet *Opuscula miscellanea* 110–111.
62 S 3(1) and s 3(5) of Act 18 of 1943; and cf De Wet & Yeats 256–257; De Wet *Opuscula miscellanea* 108.
63 *Opuscula miscellanea* 108.
64 *Idem* 108–109.

from that applying to a "right" or "action". In this regard section 3(3) provided that no defence to a claim would become prescribed before the claim itself became prescribed. This section was probably inserted as a result of the decision in *McDaid v De Villiers*,[65] where it was held that, while the *actio quanti minoris* was subject to a prescription period of one year, such prescription did not apply to a defence based on facts which would found an *actio quanti minoris*; that is, when the *exceptio quanti minoris* was raised by the purchaser against a claim by the seller for payment of the purchase price. This decision was also applied in *Skead v Swanepoel*.[66]

De Wet saw it as self-evident that a "defence" is not an "action" and that in a system which purports to apply mainly to "actions", a "defence" should not be subject to prescription.[67] Furthermore, if the intention of the act was to prevent outright that the issue of a latent defect be raised by the purchaser after a certain time, whether by action or defence, such a provision would be a limitation period ("vervaltermyn") and not a prescription period, the latter concerning either "actions" or "debts".[68] Why this should be so and what the differences are between a prescription and limitation period were not fully explained in the memorandum.[69] De Wet deemed it unnecessary to include a section corresponding to section 3(3) of the 1943 act in his draft, because a defendant's right to raise a defence would in any event depend on whether a "debt" between the parties still existed.[70] In the proposed system of prescription of "debts" any defence, therefore, for the purposes of prescription would follow the fortunes of the "debt" on which the defence is based.

The sub-sections of section 3 of the 1943 act dealing specifically with rescission of contract and restitution have no equivalents in the 1969 Prescription Act. It seems that by omitting such provisions from his draft De Wet did not intend to set the matters of rescission and restitution free from the operation of prescription in terms of the act. On the contrary, he intended to make these matters subject to the period of three years applicable to "debts" generally.[71] However, it must be determined whether such an intention is also discernible from the wording of the act as eventually promulgated and as interpreted in case law.

4 THE MEANING OF "RIGHT" AND "DEBT" GENERALLY

The term "debt" commonly refers to the relationship between parties where the one has a duty to render some performance and the other has a correlative right to such performance. In this sense "debt" is the correlative of a claim by another, and the claimant may impose the duty on the debtor to behave in a certain way, for example to pay, to deliver or to allow something.[72] Whereas a right in the sense of a claim clearly has a correlative "debt", it must be determined whether

65 1942 CPD 220.
66 1949 3 SA 763 (T).
67 *Opuscula miscellanea* 130.
68 *Op cit* 131.
69 Cf *op cit* 133–134.
70 *Op cit* 131–132.
71 *Opuscula miscellanea* 110–114 131–132.
72 See Van der Vyver "The doctrine of private-law rights" in Strauss (ed) *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (1988) 206–209.

other kinds of legal right also involve a correlative debt; and where a right of rescission fits into a scheme of legal rights.

In a wide sense a legal right may be defined as any advantage or benefit conferred upon a person by a rule of law.[73] A right in this wide and generic sense includes (a) a right in the sense of a claim to some performance by another, as referred to above; (b) a right in the sense of a liberty or privilege to do or not to do something, such as a right to express an opinion or a right of association; (c) a right in the sense of a power, which signifies the ability of someone to alter the existing legal condition of himself or of another person, for instance a right to make a will or to alienate property; and (d) a right in the sense of an immunity, which signifies freedom from the power of another person.[74] The correlatives of these various forms of right may be described as (a) a duty to render the required performance (in other words, a "debt"); (b) a duty not to interfere with the exercise of the liberty or privilege; (c) a liability to have one's legal rights altered by the exercise of a power by another; and (d) a disability to exercise power legally over a person with an immunity.[75]

This scheme of rights has been criticised as reducing the concept of rights to person-to-person relations only, and not taking into account that a right in private law presupposes a legal object.[76] If the legal object of rights is not taken into account, it is argued, the criterion of distinction between a right in the sense of a claim and a right in the sense of a power or competence falls away. If note is taken of the legal object of rights, the argument goes, it becomes possible to distinguish the following kinds of rights: (a) A right in the sense of a claim of a person to a legal object, which claim can be exercised against other persons; (b) a right in the sense of a competence or capacity of a person to exercise the functions of a legal subject, that is to perform a legal act – it seems that a right in this sense does not presuppose a legal object; and (c) a right in the sense of entitlement, determining what a person who has a right (claim) to a particular legal object may lawfully do with the object of his right.[77]

In terms of the schemes of rights outlined above, it seems possible to describe a right to rescind a contract either as a claim exercisable against the other party to the contract, or as a power or competence whereby the person with the right to rescind may alter the existing legal position of himself and of the other party to the contract.

According to Salmond[78] a power differs from a claim or right in the strict sense in that a power has no corresponding duty. The right to make a will corresponds to no duty of any other person. Likewise the right to sue in a legally valid manner does not necessarily correspond to a duty to pay. The correlative of a power is described as follows:[79]

> "The correlative of a power is a liability. This connotes the presence of a power vested in someone else, against the person with the liability. It is the position of one whose legal rights (in the wide sense) may be altered by the exercise of a power . . . The most

73 *Salmond on jurisprudence* 12 ed by Fitzgerald (1966) 224.
74 See Salmond *loc cit*; Van der Vyver *op cit* 206–207.
75 Salmond *op cit* 224–233; Van der Vyver *op cit* 207.
76 Van der Vyver *op cit* 208.
77 *Idem* 209.
78 *Op cit* 229.
79 Salmond *op cit* 230.

> important form of liability is that which corresponds to the various powers of action and prosecution. Such liability is independent of the question whether the particular action or prosecution will be successful, and is therefore independent of (say) the duty to pay damages for a civil wrong . . . a person who has committed no tort is also liable to be sued in tort, though in this case the action will fail."

Whereas the correlative of a right in the sense of a claim to some performance by another is clearly a "debt" in terms of Act 68 of 1969, there is some doubt whether the correlative of a power or competence, termed a "liability" in the preceding quotation, can also be described as a "debt". To determine whether a person against whom a right of rescission is exercisable can be said to owe a correlative "debt" towards the person who has the right to rescind, or whether the correlative of the right to rescind is, rather, a different kind of "liability", the nature of the right of recission must be examined in greater detail.

5 THE NATURE OF THE RIGHT OF RESCISSION

There are various grounds upon which a right to rescind a contract can arise. The contract itself may provide for such a right as an express or an implied term of the contract; or such a right may arise on the ground of material breach of contract; or as a result of a repudiation of the contract by one party, which repudiation is then accepted by the other party; or on the ground of misrepresentation by one party which induced the other party to enter into the contract.[80] In the last-mentioned case the representee exercises his right of rescission either by way of a defence or by way of an action. The party exercising a right of rescission must make his election to rescind the contract within a reasonable time, or run the risk that his conduct may justify the inference that he has waived his right of rescission; and once he has made his election he must abide by it.[81]

The party who has a right to rescind the contract can elect to do so by his own act and does not have to ask the court to rescind the contract. He must communicate his election to the other party by means of a clear and unambiguous notification of the election to rescind the contract. However, if either the ground for the rescission or the manner in which it is utilised is in dispute, the party electing to rescind the contract may have to ask the court to declare that he had a right of rescission and that it was properly exercised. In addition, he would have to ask the court to enforce the remedies following upon his rescission.[82]

The principal effect of the exercise of a right of rescission is that the party exercising the right is no longer bound to render performance in terms of the contract; and he can claim restitution of any performance which he has already rendered, because after rescission such performance is retained by the other party without proper cause.[83]

So much of the law regarding the nature and effects of rescission of contract can be regarded as settled. The remaining question is whether a "debt" subject to prescription in terms of Act 68 of 1969 exists between parties to a contract where one party can exercise a right of rescission against the other.

---

80 Cf in general DJ Joubert *General principles of the law of contract* (1987) 91 236–246; Van Rensburg, Lotz en Van Rhijn "Contract" 5 *LAWSA* par 133–136.
81 5 *LAWSA* par 134.
82 Joubert *op cit* 242–243.
83 *Idem* 245–246.

6 THE MEANING OF "DEBT" ACCORDING TO THE CASES

The Prescription Act 68 of 1969 provides in essence that a "debt" is "extinguished" after the lapse of a prescribed period of time.[84] The term "debt" ("skuld") is not defined in the act. In the case law referred to below the term is used mainly to describe the correlative of a right or claim to some performance, in other words, as the duty side of an obligation ("verbintenis") produced by contract, delict, unjust enrichment, statute or other source. An obligation generally entails correlative rights and duties, and the term "debt" connotes the duty of one party to do something in a wide and general sense (for example pay, deliver or perform a service) or to refrain from doing something; while the right or claim to such positive or negative performance is the asset side of the obligation.[85]

In the following definitions of the term "debt" that have been formulated by the courts, the term is used primarily to describe the correlative of a right or claim to some performance, but also in the wider sense of any liability arising from a contract:

(a) "Wet 18 van 1943 . . . het die klem laat val op verjaring van 'n reg, terwyl die huidige Verjaringswet dit het oor verjaring van 'n skuld. 'n Vorderingsreg en 'n skuld is egter twee pole van 'n verbintenis. . ."[86]

(b) "The word 'debt' in the Prescription Act must be given a wide and general meaning denoting not only a debt sounding in money which is due, but also, for example, a debt for the vindication of property. While this is so 'debt' cannot embrace all rights between two persons. In my view 'debt' in ss 10 and 15(1) of the Prescription Act means an obligation or obligations flowing from a particular right."[87]

(c) "The term 'debt' in the wide and general sense in which it is used in the section would be wide enough to include any liability arising from and being due (debitum) or owing under a contract. See *Leviton & Son v De Klerk's Trustee* 1914 CPD 685 at 691. In the present case the 'debt' would be defendant's liability to pay damages arising from his breach of the contract of lease."[88]

(d) "The term 'debt' in the wide and general sense in which it is used in the . . . section (12(1) of Act 68 of 1969) would, in my view, be wide enough to include not only any liability arising or being due (*debitum*) or owing under a contract. . ."[89]

(e) "It was common cause in this Court that a debt is – 'that which is owed or due; anything (as money, goods or services which one person is under obligation to pay or render to another')."[90]

(f) "In considering the words, 'debt . . . which was incurred. . .' in s 88 (of the Insolvency Act 24 of 1936) one considers their ordinary meaning and the context in which they appear and the general intention of the Legislature. The ordinary meaning of debt is 'that which is owed and due; anything (as money, goods or services) which one person is under obligation to pay or render to another. . .'

It seems to me that . . . in ordinary parlance, a debt is a firm obligation to pay, whether now or later. The notion of a possible or conditional obligation to pay is at variance with this. . ."[91]

---

84 S 10(1) Act 68 of 1969.

85 Cf in general De Wet & Yeats 2; Walker *The law of prescription and limitation of actions in Scotland* (1981) 45, who points out that the term "obligation" is sometimes used as a synonym for "duty", in referring to aspects of the legal relationship which entail that a party is obliged, or bound, or under a duty, to do or to pay.

86 *Erasmus v Grunow* 1978 4 SA 233 (O) 245D.

87 *Evins v Shield Ins Co Ltd* 1979 3 SA 1136 (W) 1141F–G.

88 *HMBMP Properties (Pty) Ltd v King* 1981 1 SA 906 (N) 909A–C.

89 *The Master v IL Back Ltd* 1981 4 SA 763 (C) 777E–F; cf also *Apex Mines Ltd v Administrator Transvaal* 1986 4 SA 581 (T) 602I–603D.

90 *ESCOM v Stewarts and Lloyds of SA (Pty) Ltd* 1981 3 SA 340 (A) 344E–F.

91 *Joint Liquidators of Glen Anil Development Corporation (in liquidation) v Hill Samuel (SA) Ltd* 1982 1 SA 103 (A) 110A–F.

> (g) "Volgens die aanvaarde betekenis van die begrip slaan 'n 'skuld' op 'n verpligting om iets te doen (hetsy by wyse van betaling of lewering van 'n saak of dienste), of nie te doen nie. Dit is die een pool van 'n verbintenis wat in die reël 'n vermoënsbestanddeel en -verpligting omvat. . .Volgens bedoelde betekenis kan 'n skuld dus ook statutêr ontstaan en kom dit in beginsel nie daarop aan of voldoening tot voordeel van die publiek of 'n deel daarvan staan nie. . .
>
> In die 1969 Wet as sodanig vind ek geen aanduiding dat die begrip in 'n enger betekenis gebruik is en nie statutêre skulde met bogenoemde strekking (wat ek geriefshalwe voortaan publiekregtelike skulde noem) insluit nie."[92]

Later in the judgment, the last formulation (g) is to some extent qualified by the statement that not every obligation to do something or not to do something constitutes a debt for the purposes of the 1969 Prescription Act. A large number of duties of citizens towards the state would not qualify as such a debt.[93] (In this case the appellate division held that conditions regarding stormwater drainage and road construction imposed by the administrator of the Transvaal upon approval of a township development created "debts" enforceable against the developer, and that such debts were subject to prescription in terms of Act 68 of 1969.)

In the formulations (a) to (d) above it appears that the concept of a debt is seen as encompassing not only the obligation to render some performance (the duty to do something or not to do something), but also any other obligation flowing from a particular right, which would seem to include the liability correlative to *any* right arising from a contract. In so far as it is possible to extract from these cases a general definition of the term "debt", it seems, therefore, that the term was intended to denote the correlative of any right or cause of action.[94]

However, in the formulations (e) to (g) above, the concept of a "debt" is apparently used in a narrower sense, denoting a duty to render some performance, with a right or claim to such performance as its correlative. In terms of these formulations it is arguable that there is no duty correlative to the right to rescind a contract, and that such a right is rather in the nature of a power or competence to terminate the contract, with, as its correlative, the liability of the person against whom the right can be exercised to have his legal position altered by the exercise of the right of rescission.[95] According to this argument the correlative of a right of rescission does not fit easily into the common mould of the term "debt".

In essence the question is whether the term "debt" in Act 68 of 1969 is to be understood in a wide sense, to include the liability correlative to a right of rescission, or in a narrower sense, to denote a duty to render some performance. This question has not been specifically answered in case law; and the general definitions of the term "debt" in the cases do not provide a clear answer. However, it is submitted that the following considerations support a wide interpretation of the term "debt":

---

92 *Oertel v Direkteur van Plaaslike Bestuur* 1983 1 SA 354 (A) 370A–C.

93 375A.

94 Cf the statement by Corbett JA in *Evins v Shield Insurance Co Ltd* 1980 2 SA 814 (A) 842F: "Where a creditor has two rights, or causes, of action then there are two corresponding debts."

95 See the definition of a right in the form of a power or competence, with a liability as its correlative, in section 4 above.

The Hohfeldian distinction between a right in the form of a claim (with a correlative duty of performance) and a right in the form of a power or competence (with a correlative liability to have one's legal position altered) has had no practical effect in South African law.[96] In any event, the distinction is not a hard and fast one as far as a right of rescission and its correlative liability are concerned, because the correlative of a right of recission can also be described as a contingent duty to render performance in the form of the duty of restitution which may follow upon the exercise of the right of rescission. In this sense the party against whom the right of rescission can be exercised, owes a contingent "debt" to the other party. Furthermore, the duty to accept rescission and its consequences can also be described as a "debt" correlative to the right of rescission.

The historical background of Act 68 of 1969 provides a further indication that the act was intended to apply to a right of recission. As indicated above, the right of rescission in respect of a contract of sale, whether by means of the *actio redhibitoria* or the *actio empti*, and the right to obtain restitution as a consequence of rescission, was regarded consistently in common law as being subject to relatively short periods of extinctive prescription. In case law where the common law was applied (by reason of the fact that no legislative provision specifically relating to extinctive prescription of the right of rescission existed) the courts likewise held that the right of rescission in respect of a contract of sale is subject to an extinctive prescription period. In pre-Union and post-Union legislation prior to Act 68 of 1969, provision was consistently made for extinctive prescription of the *actio redhibitoria*; and this action for rescission of a contract of sale was held to have a wider application than it had in Roman law. The legislation also consistently made provision for extinctive prescription of the right to obtain restitution as a consequence of such rescission. It is almost inconceivable that the legislature could have intended that a right of rescission, including the *actio redhibitoria*, should not be subject to extinctive prescription in terms of Act 68 of 1968 at all.

The legislative intention embodied in Act 68 of 1969 must in the first instance be inferred from the ordinary meaning of the term "debt" in its context, and in the second instance from the general purposes of the act in respect of extinctive prescription. As noted above, in its ordinary meaning "debt" does not obviously refer to the liability correlative to a right of rescission. The general purposes of the 1968 act in respect of extinctive prescription must therefore be examined to determine whether the wider meaning of the term "debt" was also intended.

In order to determine the general purposes of a particular statute, it is permissible to refer to reports of government commissions or committees which shortly preceded the passing of the statute, so that the "mischief" which the

96 Cf Van der Vyver *op cit* 208: "From a truly functional point of view, Hohfeld's theory of rights has little to offer." In *Estate Orpen v Estate Atkinson* 1966 2 SA 639 (C) Corbett J referred to Hohfeld's theory in describing the nature of a power of appointment conferred by will, whereby a person on whom a limited interest in property has devolved may select the persons on whom the property shall devolve at the expiration of such limited interest. This power was described as follows: "It is not a legal right *stricto sensu* because there is no correlative duty" (641C). However, nothing further is said in the judgment about the nature of the correlative duty which distinguishes a power from a right in terms of this theory of rights; and the distinction was not really an issue in the case. Furthermore, the power of appointment in this case is clearly not analogous to a right of rescission which arises within a contractual relationship.

legislature sought to remedy by means of the statute can be gauged.[97] The memorandum of De Wet referred to above appears to fall in this category, and clearly indicates that one of the important legislative purposes of Act 68 of 1969 was to replace the conceptually fragmented system of Act 18 of 1943, which provided for extinctive prescription of diverse concepts such as "right", "action" and "contract", with a system of extinctive prescription built around the single concept of a "debt". A mere comparison of the 1943 and the 1969 acts also indicates that the legislature intended to consolidate diverse concepts contained in the 1943 act into the single concept of "debt", while at the same time creating a strong extinctive system of prescription instead of the weak two-tier system provided for in the 1943 act. Therefore, the term "debt" should be interpreted to include all the rights and duties that were subject to extinctive prescription in terms of the 1943 act, and thus also the right of rescission and its correlative liability.

This interpretation would accord with the "wide and general meaning" that must be given to the term "debt", as emphasised in the cases cited above. Also implicit in this "wide and general meaning", it is submitted, is the intention that extinctive prescription should apply not only to the duty that is correlative to a claim in the strict sense, but also to the liability that is correlative to a right in the sense of a power or competence.

In view of the fact that a right of rescission was subject to prescription in common law and in previous legislation, as outlined above, the legislature should have given a clear indication of any intention to change the existing law, an indication which is entirely absent from Act 68 of 1969. There is also no indication whatsoever in case law or in academic writing that the application of extinctive prescription to the exercise of a right of rescission was subject to criticism, and it is almost inconceivable that the legislature intended to depart from long-standing practice in this regard without express indication. To accept otherwise would lead to the conclusion that the 1969 act lays down no prescription period at all for an action for rescission, even if such an action is based on facts which would have given rise to the *actio redhibitoria* in Roman-Dutch law. In the light of the history of the act in this regard it is almost inconceivable that the legislature could have intended this.

Finally, general policy considerations underlying extinctive prescription also favour the interpretation of "debt" which would include the liability correlative to a right of rescission. The main object of extinctive prescription is to create legal certainty and finality in the relationship between parties after the lapse of a period of time; the emphasis is on protection of the defendant against a stale claim that has existed for such a long time that it becomes unfair to require the defendant to defend himself against it.[98] The emphasis is on the protection of the defendant, because the claimant is responsible for enforcing his right timeously and must suffer the consequences of failure in this regard. Essentially, extinctive prescription embodies a desire for finality and serves the common

97 See *Westinghouse Brake and Equipment (Pty) Ltd v Bilger Engineering (Pty) Ltd* 1986 2 SA 555 (A) 562–563A.

98 Cf in general De Wet & Yeats 255; Lichteneuer *op cit* (fn 9 above) 15 18; Spiro *Die Begrenzung privater Rechte dürch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen* (1975) Bd 1 7.

good by creating legal certainty in individual cases.[99] In the case of rescission of a contract it is particularly undesirable to allow rescission with retrospective effect after the contract has been in operation for many years. These policy considerations support a wide interpretation of the term "debt", including the liability correlative to a right of rescission, so that a party to a contract can avail himself of the protection of extinctive prescription in circumstances where he is liable to have his legal position altered by the enforcement against him of a right of rescission.

Once it is accepted that extinctive prescription applies in this context, the further implications do not present any particular difficulty. Where the conclusion of a contract is preceded by misrepresentation, undue influence or any other ground for rescission, the liability of the offending party to have his legal position altered by rescission arises immediately upon conclusion of the contract. His liability or "debt" will therefore be "due" upon conclusion of the contract, and the prescription period will then begin to run unless the start of the prescription period is postponed in terms of section 12 of the act, for example where the party who has the right of rescission has no knowledge of the facts giving rise to his right and could not reasonably have obtained such knowledge.

7 EXERCISE OF A RIGHT OF ELECTION WITHIN A REASONABLE TIME

Apart from the matter of extinctive prescription, it must also be borne in mind that a party to a contract who has a right of election to exercise another right arising from the contract, must make his election within a reasonable time. Whereas a right is not lost through mere delay to enforce it, the failure to exercise a right within a reasonable time may justify an inference that the right has been waived, or, stated differently, that the party entitled to exercise the right has elected not to do so.[100]

A right of rescission can be waived regardless of whether the right is also subject to the operation of extinctive prescription. The possibility of waiver therefore does not affect the question whether a right of rescission is also subject to prescription in terms of Act 68 of 1969.

The circumstances of each case will determine what constitutes a reasonable time for the election to exercise a right of rescission. The election to exercise a right of rescission will in turn determine when the "debt" of the other party to the contract to make restitution of performance will become "due" in terms of section 12(1) of Act 68 of 1969. The act contains no definition of the term "due" and the term must therefore be given its ordinary and usual meaning of "owing and already payable",[101] or "immediately claimable",[102] or "immediately exigible at the will of the creditor".[103] Once the debt to make restitution becomes due, the operation of extinctive prescription is set in motion in respect of this debt.

99 Cf in general Loubser 1988 *SALJ* 52–53.
100 *Mahabeer v Sharma* 1985 3 SA 729 (A).
101 *Lagerwey v Rich (Pty) Ltd* 1973 4 SA 340 (T) 345; *ESCOM v Stewarts & Lloyds SA (Pty) Ltd* 1979 4 SA 905 (W) 908E.
102 *HMBMP Properties (Pty) Ltd v King* 1981 1 SA 906 (N) 909C–D; *The Master v IL Back and Co Ltd* 1983 1 SA 986 (A) 1004E.
103 *Benson v Walters* 1984 1 SA 73 (A) 82H.

In the case of *Mahabeer*[104] the appellate division left open the question whether the actual decision or election to rescind the contract is decisive in determining whether the election has been exercised within a reasonable time, or whether the impression created by the conduct of the party having the right of rescission is decisive in this regard. It seems, however, that the court inclined towards the view that the actual decision to rescind is decisive, as long as the failure to notify the other party of such a decision can be adequately explained.[105]

8 CONCLUSION

The Prescription Act 68 of 1969 and decided cases provide no clear answer to the question whether a right of rescission is subject to extinctive prescription in terms of the act. The act applies to a "debt", but does not define the concept, and thus leaves open the question whether the liability correlative to a right of rescission also qualifies as a "debt".

It appears that in Roman and Roman-Dutch law, and in case law where the common law was applied, the right to obtain a court order for rescission of a contract of sale by means of the *actio redhibitoria* was consistently regarded as being subject to a short period of extinctive prescription. It also appears that the right to obtain rescission of a contract generally was not subject to any specific prescription period in Roman or Roman-Dutch law. It must be assumed, therefore, that the general prescription period of thirty years applied in such a case. Concomitant with the right of rescission is the right to obtain *restitutio in integrum*. An action for restitution based on minority was subject to a four-year prescription period in common law. There appears to be some difference of opinion whether an action for restitution based on other grounds was subject to a four- or a thirty-year prescription period.

In terms of the 1943 Prescription Act, the *actio redhibitoria* was specifically made subject to a prescription period of one year, whereas the right to obtain restitution by means of a *condictio* after rescission of contract was made subject to a three-year prescription period. The general effect of the 1943 act was that a "right" was "rendered unenforceable" by extinctive prescription. It follows that in circumstances where the *actio redhibitoria* was not applicable, the right to institute an action for rescission of a voidable contract, and the concomitant right to claim restitution, were rendered unenforceable by prescription after three years.

The 1969 Prescription Act does not refer specifically to the *actio redhibitoria* or to a right of action for rescission based on other grounds, but simply provides that a "debt" is extinguished by prescription. In decided cases the term "debt" has been described as having a wide and general meaning which would include any liability arising from and due under a contract, or any obligation flowing from a particular right. Such *dicta* support an interpretation of the term "debt" which would include the liability correlative to a right of rescission, in other words the liability of a contract party to have his legal position altered by the enforcement against him of a right of rescission. Other cases seem to indicate that "debt" should be understood in the narrower sense of a duty to render

104 *Supra* fn 100.
105 737E–F.

some performance, correlative to a right in the sense of a claim to some performance.

However, the historical background of the 1969 Prescription Act, and in particular the fact that, in common law and in prior legislation, short prescription periods had been provided for the *actio redhibitoria* and the right to claim restitution after rescission, and also policy considerations such as that it would be undesirable to allow rescission with retrospective effect after a contract has been in operation for many years, favour a wide interpretation of the term "debt", in terms of which the liability correlative to a right of rescission would be subject to extinctive prescription.

LIDMAATSKAP: VERENIGING HUGO DE GROOT

Ingevolge artikel 3.1 van die Reglement van die Vereniging Hugo de Groot kan enige persoon wat 'n intekenaar op die THRHR *is, op aansoek na die bestuur van die Vereniging, as lid van die Vereniging toegelaat word. Op grond hiervan rig die bestuur 'n uitnodiging aan alle belangstellende persone om aansoek tot lidmaatskap van die Vereniging te doen. Aansoeke moet gerig word aan:*

Prof DJ Joubert
Sekretaris
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

Lewering van die dokument waaruit die reg blyk as geldigheidsvereiste vir sessie*

AN Oelofse
BA LLD
Professor in die Handelsreg, Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

Delivery of the document from which the right appears as a requirement for cession

Despite a large number of cases on the issue, the question whether the delivery of the document which evidences a personal right is a requirement for the cession of that right, has still not been finally answered. It is submitted that a general requirement of delivery of the document is historically, theoretically and practically unsound. It is submitted that the requirement of delivery of the document should apply only to so-called "waardepapiere", a concept for which there does not appear to be a wholly satisfactory English translation.

INLEIDING

Die Suid-Afrikaanse reg in verband met sessie is in verskeie opsigte onseker en onduidelik. Een van die twispunte het te make met 'n heel basiese vraag, naamlik die vereistes vir 'n geldige sessie van 'n vorderingsreg. Vanselfsprekend moet daar 'n ooreenkoms tussen die sedent en die sessionaris wees om die reg oor te dra en te ontvang.[1] Synde 'n ooreenkoms gerig op die oordrag van 'n reg van een persoon na 'n ander, is hierdie ooreenkoms 'n saaklike ooreenkoms in teenstelling met die verbintenisskeppende ooreenkoms of kontrak, wat gerig is op die skepping van 'n verbintenis.[2] Om dus van sessie as 'n kontrak te praat, soos wat heel dikwels in die regspraak gedoen word,[3] is nie net verkeerd nie, maar beslis ook nie bevorderlik vir helderheid van denke nie.

---

* Referaat gelewer tydens 'n seminaar oor sessie *in securitatem debiti* aangebied deur die Departement Privaatreg, Unisa, op 1988-10-29.

1 Sien, wat die appèlhof betref, *Barnhoorn v Duvenhage* 1964 2 SA 486 (A) 494A; *Trust Bank of Africa Ltd v Frysch* 1977 3 SA 562 (A) 575A; *Kalil v Decotex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 943 (A) 970J–971A.

2 Sien De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en handelsreg* (1978) 5. Joubert *General principles of the law of contract* (1987) 21 het dit mis waar hy beweer dat die begrip "saaklike ooreenkoms" slegs op die skepping en oordrag van *saaklike* regte betrekking het. Ooreenkomste waardeur immaterieelgoedereregte en vorderingsregte oorgedra word, is ook saaklike ooreenkomste (sien ook die boekbespreking in 1988 *MB* 106).

3 Vgl *Standard Bank of SA Ltd v Ocean Commodities Inc* 1980 2 SA 175 (T) 180F; *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v the Master* 1987 1 SA 276 (A) 294E–F; *Kalil v Decotex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 943 (A) 970J–971A.

Indien aanvaar word dat 'n saaklike ooreenkoms 'n vereiste vir 'n geldige sessie is, ontstaan die vraag of iets meer as sodanige ooreenkoms vereis word om 'n sessie te bewerkstellig. In hierdie verband word eers baie kortliks gelet op wat die ou skrywers hieroor te sê het. Daarna sal op die regspraak en die standpunte van moderne skrywers ingegaan word.

DIE OU SKRYWERS

Dit is algemeen bekend dat sessie van 'n vorderingsreg aanvanklik nie moontlik was nie, maar eers na 'n lang geskiedkundige verloop tot 'n selfstandige regsfiguur ontwikkel het. Vir huidige doeleindes is dit nie nodig om in besonderhede daarop in te gaan nie.[4] Volgens Grosskopf[5] het die Romaniste van die Middeleeue 'n parallel getrek tussen die lewering van 'n liggaamlike saak en die sessie van 'n vorderingsreg. 'n Mens sou dus verwag dat, benewens die saaklike ooreenkoms, daar 'n verdere vereiste, wat met die lewering van 'n liggaamlike saak vergelykbaar is, vir die sessie van 'n vorderingsreg gestel sou word. Hoewel hy daarop wys dat dit standaardpraktyk was vir die sedent om 'n oordragakte te verly en aan die sessionaris te lewer, kom Grosskopf[6] nogtans tot die slotsom dat so 'n akte van sessie nie as 'n voorvereiste gestel is nie. So 'n vereiste blyk wel uit die Franse reg van die sestiende eeu,[7] waarvolgens daar nie alleen 'n akte van sessie moes wees nie, maar die sessionaris ook 'n afskrif van die akte op die skuldenaar moes bestel voordat die reg van die sedent na die sessionaris kon oorgaan.

Sande[8] verklaar in drie tekste[9] dat sessie deur blote *consensus* tussen die sedent en sessionaris geskied. In 'n vierde teks[10] sê hy egter die volgende (Anders se vertaling):

> "It is not necessary that the title should be specifically mentioned in the document, but it is sufficient that the existence of it can be gathered by inferences and from the surrounding circumstances just as if it were expressed in the document."

Uit hierdie teks wil dit voorkom of daar tog 'n oordragdokument moes wees.

Huber,[11] wat soos Sande 'n Fries was, verwys na 'n ordonnansie van Friesland ingevolge waarvan die *causa* van 'n sessie uitdruklik in die oordragakte gemeld moes word. Dit kom dus voor of 'n oordragakte wel in Friesland vereis is.

Die bekendste van die Romeins-Hollandse skrywers, naamlik Johannes Voet,[12] sê uitdruklik dat sessie vormvry geskied tensy die een of ander formaliteit deur wetgewing vereis word. Of dit wel die Romeins-Hollandse reg reflekteer, is egter nie so duidelik nie aangesien 'n hele paar ander skrywers ten minste by implikasie te kenne gee dat 'n oordragakte wel vereis is.[13] Uit twee uitsprake van die Hooge

---

4 Sien vir 'n volledige bespreking Grosskopf *Die geskiedenis van die sessie van vorderingsregte* (1960).
5 65.
6 76.
7 Sien Grosskopf 82.
8 *De actionum cessione* in *Opera omnia juridica* (1721).
9 2 1, 2 2 en 2 9.
10 2 5.
11 *Heedendaegse rechtsgeleertheyt* (1768) 3 3 36 en 3 13 2.
12 *Commentarius ad pandectas* (1795) 18 4 11.
13 Sien die volledige bespreking deur Scott *Sessie in die Suid-Afrikaanse reg* (LLD-proefskrif Unisa 1977) 15–32; vgl Scott *The law of cession* (1980) 19 vn 14.

Raad wat deur Van Bijnkershoek[14] gerapporteer is, is dit ook duidelik dat 'n oordragakte algemeen gebruiklik was hoewel nie gesê word dat dit 'n *vereiste* was nie. Die gevolgtrekking waartoe Scott[15] kom, is dat die oordrag van 'n vorderingsreg waarskynlik wel deur middel van 'n akte moes geskied het.

Dit is duidelik dat geeneen van die ou skrywers gesag bied vir die standpunt dat indien die reg wat gesedeer word uit 'n dokument blyk, daardie dokument aan die sessionaris gelewer moet word ten einde die reg aan hom oor te dra nie. Dit is egter 'n standpunt wat in die Suid-Afrikaanse regspraak sterk aanklank gevind het, terwyl die moontlike vereiste van 'n oordragakte as 't ware van die toneel verdwyn het.

DIE REGSPRAAK

Skynbaar is *Mills and Sons v Trustees of Benjamin Bros*[16] die eerste beslissing waarin lewering van die dokument waarin die reg vervat is as vereiste vir sessie begin kop uitsteek het. Dit het daar gegaan oor 'n wissel wat Benjamin Bros van Standard Bank gekoop het. Die wissel is deur Standard Bank op homself getrek ten gunste van die eisers en aan Benjamin Bros oorhandig. Die bedoeling was dat Benjamin Bros die wissel aan die eisers sou lewer ter betaling van 'n skuld, maar dit is nooit gedoen nie. Gevolglik was daar nooit 'n uitgifte of verhandeling van die wissel nie.[17] Namens die eisers is egter aangevoer dat Benjamin Bros in elk geval hulle regte teen die bank aan die eisers *gesedeer* het. In hierdie verband sê hoofregter De Villiers die volgende:[18]

> "In the case of a bill of exchange the cession of the right to receive the amount from the parties liable is not complete without delivery of the bill itself. . . "

Hierdie beslissing is dus hoogstens gesag vir die stelling dat die vorderingsregte voortspruitend uit 'n *verhandelbare* dokument nie gesedeer kan word sonder lewering van die dokument nie.

In *Morkel v Holm*[19] het dit gegaan oor die sessie van 'n versekeringspolis wat die eiseres se eggenoot in hul huwelikskontrak onderneem het om aan haar te sedeer. Hoofregter De Villiers sê onder andere:[20]

> "The assignment contained in the ante-nuptial contract, coupled with the delivery, actual and constructive, of the policy to her was, in my opinion, sufficient to complete the cession to her."

Uit hierdie opmerking kan moontlik die afleiding gemaak word dat hoofregter De Villiers die leweringsvereiste uitgebrei het tot *enige* dokument waaruit die reg blyk.[21]

In *Jacobsohn's Trustee v Standard Bank*[22] meen hoofregter De Villiers dat die lewering van 'n dokument slegs 'n vereiste is indien "the sole proof of a debt is the instrument which records it". Wat presies hy hiermee bedoel, word nie gesê nie. 'n Moontlike uitleg is dat die vereiste slegs geld indien opskrifstelling

---

14 *Observationes tumultuariae* (Meijers-uitg 1934) 1523 2090.
15 *Proefskrif* 33.
16 (1876) 6 Buch 115.
17 Vgl a 1 en 29 van die Wisselwet 34 van 1964.
18 122.
19 (1882) 2 SC 57.
20 64.
21 Vgl ook *Standard Bank v The Union Boating Co* (1890) 7 SC 257 268.
22 (1899) 16 SC 210.

'n vereiste is vir die ontstaan van die reg wat gesedeer word. Dit kan egter nie wees wat hy bedoel het nie, want hy pas die vereiste, soos in die *Morkel*-saak, op 'n versekeringspolis toe.[23] In die geheel gesien, is hoofregter De Villiers se uitlatings onduidelik. Die oorsprong van sy opvattings is ook nie met sekerheid vas te stel nie.

In die ouer Transvaalse beslissings is die standpunt ondubbelsinnig ingeneem dat lewering van 'n dokument waaruit die reg blyk 'n vereiste vir sessie is. Verder word geen onderskeid gemaak tussen die geval waar die dokument die "sole proof" van die reg is (wat dit ook al mag beteken) en enige ander geval nie. In *Smith v Farrelly's Trustee*[24] sê regter Smith:

> "As a general rule no particular form of words need be used to effect a cession, and it may be effected either verbally or by written instrument . . . Where, as in the present case, the evidence of the right is contained in the written instrument which records it, then the right cannot be completely ceded unless the instrument is delivered to the cessionary . . ."

Verderaan in sy uitspraak beklemtoon regter Smith opnuut dat geen oordragakte vereis word nie.[25]

In die Vrystaat[26] en Griekwaland-Wes[27] is met goedkeuring verwys na hoofregter De Villiers se onderskeiding (in die *Jacobsohn*-saak) tussen 'n dokument wat die "sole proof of a debt" is en 'n dokument wat nie "sole proof" is nie, maar daar word nie verder verduidelik wat die inhoud van hierdie onderskeiding is nie. Dit is nietemin duidelik dat lewering van die dokument ten minste in sommige gevalle vereis is, hoewel dit nie duidelik is in presies welke gevalle nie. Wat die ouer beslissings in die provinsiale en koloniale howe betref, is slegs in Natal gesê dat lewering van 'n dokument nooit 'n vereiste vir sessie is nie. In *Block v Universal Produce Co (Pty) Ltd*[28] was regter Lansdown van mening dat nie-lewering van dokumentêre bewys van die vorderingsreg hoogstens aanduidend kan wees van die feit dat daar in werklikheid nooit 'n saaklike ooreenkoms tussen die sedent en sessionaris was nie.

Die eerste beslissing waarin die appèlhof hom uitdruklik oor hierdie aangeleentheid uitgespreek het, is *Jeffery v Pollak and Freemantle*.[29] Dit het daar gegaan oor die vraag of 'n aandelemakelaar sekere aandele aan die appellant

---

23 Skrif is nie 'n vereiste vir 'n geldige versekeringskontrak nie (sien Reinecke "Insurance" 12 *LAWSA* par 64).

24 1904 TS 949 956. Vgl ook *Kessler v Krogmann* 1908 TS 290 296. Sien egter *Engel v Moritz* 1925 WLD 205 207 waar Greenberg R sê dat slegs "an intention on the part of the cedent to divest himself of all right to the money or fund" vereis word.

25 957.

26 *Ex parte Narunsky* 1922 OPD 32 35–36. Vir sover hierdie uitspraak te kenne gee dat die saaklike sekuriteitsreg ingevolge 'n verband sonder registrasie oorgedra kan word, het dit later verkeerd geblyk te wees (sien Lubbe "Mortgage and pledge" 17 *LAWSA* par 445; De Wet en Van Wyk 356). Of die vorderingsreg sonder registrasie as 'n *onversekerde* vorderingsreg gesedeer kan word, is nog nie mooi duidelik nie (vgl Scott en Scott *Wille's law of mortgage and pledge in South Africa* (1987) 72–73; De Wet en Van Wyk 356 vn 94; Scott *Cession* 29; *Wessels v Standard Bank van SA Bpk* 1973 4 SA 716 (O) 718D–F; *S v Harper* 1981 2 SA 638 (D) 656G–H; *Vrystaatse Koöperasie Bpk v Pretorius en Cooper* 1985 4 SA 416 (O) 420C–421B).

27 *Pooley v Bredenkamp* 1925 GWLD 60 66–67.

28 1934 NPD 324 328.

29 1938 AD 1.

oorgedra het of nie. Appèlregter Stratford[30] en hoofregter Curlewis[31] het albei met goedkeuring na *Smith v Farrelly's Trustee* verwys as gesag vir die stelling (in die woorde van regter Stratford) dat

> "if there is a document which evidences the title to the right it must be delivered to the cessionary . . . because the delivery of the document is a requisite formality of cession in such cases."

Aangesien appèlregter Beyers (met wie waarnemende appèlregter Watermeyer saamgestem het) hom nie hiervan gedistansieer het nie, moet dit as die oorwoë mening van die appèlhof in die *Jeffery*-saak beskou word.

Of hierdie beginsel egter werklik op die feite van die *Jeffery*-saak toegepas is, lyk vir my twyfelagtig. Dit blyk dat die makelaar aandele wat reeds op sy eie naam geregistreer was, op die appellant se naam laat registreer het. Hy het nie die aandeelsertifikaat op sy naam aan die appellant gelewer, soos die neergelegde beginsel vereis nie, maar dit direk tesame met 'n oordragvorm aan die betrokke maatskappy gelewer. Daarop het die maatskappy die oordrag geregistreer en 'n nuwe sertifikaat op die naam van die appellant aan die makelaar gelewer. Volgens regters Stratford en Curlewis is daar wel aan die neergelegde beginsel voldoen, omdat die makelaar die nuwe sertifikaat as verteenwoordiger van die appellant ontvang het. Myns insiens is dit nie die geval nie, aangesien die neergelegde vereiste tog klaarblyklik op lewering van die oorspronklike aandeelsertifikaat (dit wil sê die een op naam van die makelaar) betrekking het.

Die eienaardige is dat hierdie stellings in die *Jeffery*-saak, hoewel dit nooit uitdruklik verwerp is nie, nie daarna deur die appèlhof self of die provinsiale howe konsekwent nagevolg is nie. Wat die appèlhof self betref, blyk die eerste krakie in die gesag van die *Jeffery*-beslissing reeds uit *Hiddingh v Commissioner for Inland Revenue*.[32] Daar het die appellant sy reg teen 'n trust wat by wyse van 'n hofbevel opgerig is, gesedeer. Die hofbevel was tog sekerlik op skrif, maar dit lyk nie of so 'n dokument aan die sessionaris oorhandig is nie. Appèlregter Centlivres beklemtoon bloot dat daar 'n bedoeling was om die reg oor te dra en te ontvang. Twyfel blyk ook uit die volgende opmerking van appèlregter Schreiner in *Rabinowitz v De Beers Consolidated Mines Ltd*:[33]

> "[R]ights are transferred by cession, with the apparently established rider that when the right is represented by a document this must generally be delivered to the transferee."

Nieteenstaande die oënskynlik duidelike en afdoende opmerking in die *Jeffery*-saak duur die onduidelikheid en onsekerheid voort, nie net in die provinsiale afdelings nie, maar ook in die appèlhof self.

Tot in 1962 was daar sprake van slegs twee moontlike standpunte, naamlik dat lewering van die dokument 'n vereiste vir sessie is of nie 'n vereiste is nie. In daardie jaar het waarnemende regter Eksteen in *Denny v Labuschagne*[34] *obiter* opgemerk dat die vereiste van lewering van die dokument nie tussen die sedent en sessionaris geld nie, maar slegs ten opsigte van derde partye. In appèl is hierdie opvatting *obiter* eenparig deur die appèlhof goedgekeur.[35] Volgens appèlregter Botha geld die vereiste van lewering van die dokument slegs in die

---

30 22.
31 14.
32 1941 AD 111.
33 1958 3 SA 619 (A) 636G.
34 1962 2 SA 508 (O).
35 1963 3 SA 538 (A).

geval van mededingende aanspraakmakers op oordrag van dieselfde vorderingsreg, en nie tussen sedent en sessionaris nie. Hy meen dat daar geen rede is waarom tussen sedent en sessionaris 'n oordrag verydel sou kon word bloot omdat die geskrif waarin die bewys van die vorderingsreg vervat is, nie deur die sedent aan die sessionaris oorhandig is nie. Hierdie standpunt is iets tussenin die ander twee. Dit lei tot die sonderlinge resultaat dat 'n sessie geldig kan wees wat sekere persone betref, maar ongeldig wat ander betref.[36]

Ook die mening wat in *Labuschagne v Denny* uitgespreek is, is nie daarna konsekwent deur die appèlhof toegepas nie. In *Lief v Dettmann*[37] maak appèlregter Van Wyk in 'n minderheidsuitspraak die volgende opmerking:[38]

> "Cession of real rights in land require registration, but cession of a debt under a bond, being an incorporeal movable, requires no more than an agreement to cede."

Hierdie opmerking is strydig met sowel die *Jeffery*- as die *Labuschagne*-saak. Wat presies die standpunt van appèlregter Wessels in sy meerderheidsuitspraak in dieselfde saak is, is nie duidelik nie. Dit wil voorkom of ook hy te kenne gee dat lewering van die dokument hoegenaamd nie 'n vereiste vir die sessie self is nie, hoewel hy skynbaar aan die sessionaris die reg verleen om lewering van die dokument te eis ten einde sy regte teen die skuldenaar makliker af te dwing.[39] Volgens appèlregter Ogilvie Thompson[40] is appèlregter Wessels se opmerkings egter nie in stryd met die *Labuschagne*-saak nie.

In *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of South Africa Ltd*[41] het dit gegaan oor die sessie van regte ingevolge 'n vaste deposito-sertifikaat. Vir die meerderheid van die hof was dit onnodig om weer iets te sê oor die vraag of die sertifikaat gelewer moes word om sessie te bewerkstellig, aangesien bevind is dat die regte nie sedeerbaar was nie. In sy minderheidsuitspraak het appèlregter Ogilvie Thompson die *Labuschagne*-beslissing in wese gevolg, maar bykomend vereis dat die sessionaris die dokument in sy besit moet hou ten einde beskerm te word teen 'n moontlike latere aanspraakmaker op oordrag van die reg. Hy sê die volgende:[42]

> "Inasmuch as the primary scope of the rule that the instrument evidencing the incorporeal must be delivered to the cessionary lies as between competing cessionaries it appears to me to be a logical if not indeed an essential corollary of that rule that – save possibly in rare and exceptional circumstances (for instance theft of the instrument) having no application in the present case – failure by the cessionary to retain the instrument should render his claim defeasible by a *bona fide* subsequent cessionary who has obtained delivery of the instrument. To hold otherwise would be to reduce the afore-mentioned rule to a mere evidential formality and to facilitate the deception of subsequent *bona fide* cessionaries who are handed the instrument by unscrupulous cedents."

Hierdie standpunt is met verwysing na sessie in die algemeen uitgespreek. Aangesien dit in die betrokke geval egter spesifiek oor 'n sessie *in securitatem debiti* gegaan het en regter Ogilvie Thompson die pandkonstruksie van so 'n sessie voorgestaan het, het hy verdere regverdiging vir sy standpunt in die stelreël *mobilia non habent sequelam ex causa hypothecae* gevind.

---

36 Sien Scott *Cession* 24 en *Proefskrif* 166.
37 1964 2 SA 252 (A).
38 259G.
39 271G 276H.
40 In *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of South Africa Ltd* 1968 3 SA 166 (A) 187B–C.
41 1968 3 SA 166 (A).
42 185D–F.

In sy minderheidsuitspraak sê appèlregter Van Blerk:[43]

> "Dit is 'n gevestigde reël, wat sy ontstaan aan die regspraak ontleen, dat indien 'n vorderingsreg uit 'n skriftelike stuk blyk daar geen geldige cessie van sodanige reg kan wees nie . . . tensy die skriftelike stuk aan die cessionaris gelewer word."

Hoewel hy na die *Labuschagne*-beslissing verwys, is sy stelling wyd en algemeen gestel. Dit kom dus voor of hy eintlik die *Jeffery*-saak bevestig, naamlik dat die sessie ook nie tussen sedent en sessionaris geldig is sonder lewering van die dokument nie. Hy verskil ook met appèlregter Ogilvie Thompson in dié opsig dat hy nie behoud van die dokument deur die sessionaris vereis nie. Met verwysing na die bykomende vereiste deur regter Ogilvie Thompson gestel, sê hy die volgende:[44]

> "Nog 'n probleem wat die vereiste van besit sal oplewer is die denkbare geval waar meerdere vorderingsregte uit een geskrewe stuk blyk en die verskillende regte word aan verskillende persone gecedeer."

Dit is wel so, maar dit is 'n probleem wat in elk geval ontstaan indien 'n mens hoegenaamd lewering van die dokument as vereiste vir sessie stel, soos tereg deur De Wet en Van Wyk[45] aangetoon word. Dit is dus 'n probleem wat ook in verband met appèlregter Van Blerk se eie standpunt ontstaan.

Die *Labuschagne*-beslissing is in sekere provinsiale beslissings gevolg,[46] maar eweneens nie konsekwent nie. In die jongste regspraak is daar nog steeds gevalle waar die hof lewering van die dokument òf glad nie as vereiste stel nie,[47] òf dit ook tussen sedent en sessionaris as vereiste stel.[48] Die Natalse howe het klaarblyklik afgewyk van die *Block*-saak[49] waar beslis is dat lewering van die dokument glad nie 'n vereiste vir sessie is nie. In *Goode, Durrant and Murray Ltd v Hewitt and Cornell* [50] is beslis dat lewering van die dokument nodig is in geval van sessie van die regte uit 'n huurkoopkontrak en uit verhandelbare dokumente. Aan die ander kant kan 'n mens egter ook nie sê dat die Natalse howe nou ondubbelsinnig op die standpunt staan dat lewering van die dokument wel vereis word nie. In *Muller v Trust Bank of Africa Ltd* [51] het regter Thirion die volgende in 'n volbank-uitspraak gesê:

> "Rights of action, *at least where evidence of the right is not contained in a written instrument*, are transferred by mere agreement."

In *Ex parte Strydom: In re Central Plumbing Works (Natal) (Pty) Ltd* [52] sê regters Friedman en Wilson die volgende:

---

43 172D–E.
44 176D–E.
45 226 vn 4.
46 *Gouws v Montesse Township and Investment Corporation (Pty) Ltd* 1964 3 SA 221 (T) 235D–F; *Sandmann v Schaefer* 1969 4 SA 524 (SWA) 527–528; *Oertel v Brink* 1972 3 SA 669 (W) 674F–G; *Standard Bank of SA Ltd v Ocean Commodities Inc* 1980 2 SA 175 (T) 180F–G.
47 Vgl *RM van de Ghinste and Co (Pty) Ltd v Van de Ghinste* 1980 1 SA 250 (K) 255F–G; *Weiner v The Master (1)* 1976 2 SA 830 (T) 842D.
48 Vgl *Caulfield v Barclays Western Bank Ltd* 1981 2 SA 424 (W) 425H–426A; *Nezar v Die Meester* 1982 2 SA 430 (T) 439C–D; *Randbank Bpk v Morris* 1977 2 SA 21 (SOK) 26A, waar te kenne gegee word dat slegs sekere tipes dokumente aan die leweringsvereiste onderworpe is, maar sonder aanduiding van welke soort dokumente.
49 Vn 28 hierbo.
50 1961 4 SA 286 (N).
51 1981 2 SA 117 (N) 125F (my kursivering).
52 1988 1 SA 616 (D) 621D–E (my kursivering).

> "In the ordinary field of contract law, this act of transference requires the consent of cedent and cessionary and *in certain cases it may also*, before it becomes effective, *require the actual physical transference of the instrument of debt*".

DIE TWEE JONGSTE UITLATINGS VAN DIE APPÈLHOF

In *Standard Bank of South Africa Ltd v Ocean Commodities Inc*[53] het dit gehandel oor sekere aandele en skuldbriewe wat geregistreer was in die naam van Standard Bank Nominees (Transvaal) (Pty) Ltd, maar waarvan twee broers die sogenaamde "beneficial owners"[54] was. Die twee broers het hulle regte as "beneficial owners" van die aandele en skuldbriewe aan Ocean Commodities gesedeer. Een van die vrae was of hulle dit kon doen sonder om die aandeel- en skuldbriefsertifikate saam met voltooide oordragvorms aan Ocean Commodities te lewer. Aangesien die twee broers nie die geregistreerde aandeel- en skuldbriefhouers was nie en die sertifikate in Standard Bank Nominees se besit was, kon hulle inderdaad nie die sertifikate tesame met voltooide oordragvorms aan Ocean Commodities lewer nie. In hierdie verband sê appèlregter Corbett die volgende:[55]

> "There may be some residual uncertainty in our law as to whether the cession of an incorporeal right which is evidenced by a written document requires for its validity the delivery of the document itself . . . In the circumstances, however, I do not think it is necessary to enter this potentially controversial field for I am of the opinion that any suggested rule requiring such delivery where the seller of shares is the registered shareholder thereof and whose rights are, therefore, evidenced by a share certificate . . . would not apply in a case like this where the seller is not the registered shareholder but claims merely to have been the beneficial owner thereof."

Twee afleidings kan uit die uitspraak gemaak word. Die eerste en belangrikste is dat die appèlhof die sogenaamde vereiste van lewering van die dokument, hetsy in sy ekstreme of afgewaterde vorm, nie as 'n duidelik gevestigde reël beskou nie. Die tweede is dat so 'n reël in elk geval nie kan geld indien die sedent nie in 'n posisie is om die dokument te lewer nie.

Die heel jongste uitlating van die appèlhof herhaal eintlik maar net wat reeds in die *Ocean Commodities*-beslissing gesê is. In *Kalil v Decotex (Pty) Ltd*[56] sê appèlregter Corbett:

> "Moreover, I shall accept, as was argued on behalf of second respondent, that the ownership in shares can be transferred by way of a contract of cession, provided that there is the necessary intention to pass ownership, and that there is no need for the delivery of the relevant share certificates. . ."

Hy verwys dan na sy vroeër opmerkings in die *Ocean Commodities*-saak. Die rede waarom dit in die *Decotex*-saak onnodig was om 'n beslissing oor die leweringsvereiste te gee, is die feit dat die saaklike ooreenkoms wat vir sessie vereis word, in elk geval nie bewys is nie.

Wat die regspraak betref, moet aanvaar word dat daar nog geen duidelikheid bestaan oor die aard en rol van die sogenaamde leweringsvereiste nie. Dit blyk veral uit die twee jongste uitlatings van die appèlhof in hierdie verband.

---

53 1983 1 SA 276 (A).
54 Sien hieroor in meer besonderhede *Oakland Nominees (Pty) Ltd v Gelria Mining and Investment Co (Pty) Ltd* 1976 1 SA 441 (A).
55 288C–E.
56 1988 1 SA 943 (A) 970J–971A.

MODERNE SKRYWERS

Volgens Nienaber[57] weerspieël die *Labuschagne*-beslissing die geldende posisie in die regspraak. In die lig van verskeie uitsprake wat na die verskyning van sy werk gegee is, kan hierdie standpunt egter nie meer met vertroue ingeneem word nie. Daarenteen meen Scott[58] dat die *Jeffery*-beslissing die geldende reg weergee. Ook hierdie standpunt kan in die lig van botsende beslissings en die onlangse onsekerheid wat deur die appèlhof self uitgespreek is, nie met vertroue onderskryf word nie. Van belang is haar standpunt dat die leweringsvereiste eintlik *per incuriam* in die regspraak ingesluip het. Soos reeds geblyk het, is daar geen Romeins-Hollandse gesag vir hierdie vereiste nie. Scott meen dus dat die leweringsvereiste die gevolg is van sowel Engelse invloed, as 'n vereenselwiging van die oordragakte wat moontlik wel in die Romeins-Hollandse reg vereis is, met die dokument waaruit die gesedeerde reg blyk.

Lubbe[59] is 'n voorstander van die benadering in die *Labuschagne*-saak. Die grondslag van sy standpunt is dat die goeie trou van derdes beskerm moet word. Hy meen dat

> "die laat van die dokument by die sedent tot gevolg mag hê dat 'n derde persoon tot sy nadeel handel omdat die uiterlik waarneembare indruk van wie skuldeiser is nie ooreenstem met die werklike toedrag van sake nie".

Dit veronderstel natuurlik dat 'n derde party redelikerwys daarop mag staatmaak dat 'n voornemende sedent wat in besit is van die dokument waaruit die oorspronklike ontstaan van die reg blyk, wel nog skuldeiser is. So 'n aanname word egter tereg deur Scott[60] verwerp. Indien so 'n aanname gegrond is, behoort die skuldenaar ook op blote besit van die dokument te kan vertrou om te bepaal wie op 'n bepaalde tydstip sy skuldeiser is. Dit is egter slegs by die sogenaamde legitimasiepapiere[61] die geval. Daar moet goed in gedagte gehou word dat die besondere beskerming van die skuldenaar wat sonder kennis van sessie aan sy oorspronklike skuldeiser betaal, nie gekoppel is aan die besit van enige dokument deur die oorspronklike skuldeiser nie. Interessantheidshalwe kan hier ook gewys word op die beslissing van die appèlhof in *Pizani v First Consolidated Holdings (Pty) Ltd.*[62] Die hof het beslis dat indien 'n skuld gesedeer word, enige regte wat die sedent teen 'n borg vir die hoofskuldenaar het, ook outomaties op die sessionaris oorgaan sonder dat die regte teen die borg afsonderlik gesedeer hoef te word. Dit spreek dus vanself dat die borgakte nie aan die sessionaris gelewer hoef te word nie. Klaarblyklik was die hof nie bekommerd dat derdes mislei kon word deur die feit dat die borgakte in die sedent se besit bly nie.

Soos reeds geblyk het, het heelwat van die regspraak waar die leweringsvereiste gestel is, met die oordrag van aandele te doen gehad. In die geval van 'n oordrag

---

57 "Cession" 2 *LAWSA* par 348.

58 *Proefskrif* 171–172; *Cession* 27–29; "Sessie en *factoring* in die Suid-Afrikaanse reg" 1987 *De Jure* 20–26.

59 "Die oordrag van toekomstige regte" 1980 *THRHR* 136–137.

60 1987 *De Jure* 25. Haar kritiek geld ook vir die opmerkings van NL Joubert *Die regsbetrekkinge by kredietfaktorering* (LLD-proefskrif RAU 1985) 435–437.

61 Sien oor hierdie begrip De Wet en Van Wyk 744; Malan en De Beer *Wisselreg en tjekreg* (1981) par 12; Cowen en Gering *The law of negotiable instruments in South Africa* bd I (1985) 90–91.

62 1979 1 SA 69 (A).

van aandele is die oordraggewer verplig om 'n behoorlik ondertekende oordragakte en die aandelesertifikaat aan die oordragnemer te lewer, sodat die oordragnemer registrasie in sy naam kan verkry en voortaan deur die maatskappy as aandeelhouer en lid erken kan word. Hoewel registrasie nodig is om as lid deur die maatskappy erken te word, word die aandeelhouersregte deur sessie en onafhanklik van registrasie van die oordraggewer na die oordragnemer oorgedra.[63] Dit wil voorkom of die beslissings waarin lewering van die aandeelsertifikaat as vereiste vir die sessie van die aandeelhouersregte gestel is, ten minste gedeeltelik te wyte is aan 'n verwarring tussen die sessie self en die oordraggewer se plig om die oordragnemer in staat te stel om registrasie in sy naam te verkry. In hierdie verband merk Malan[64] tereg op:

> "If the two duties of a seller of securities, viz the duty to make a 'good delivery' and the duty to cede the right sold, are properly distinguished, there is no reason to require delivery of the instrument as a necessary formality to effect a cession."

De Wet en Van Wyk[65] verwerp die leweringsvereiste ondubbelsinnig op grond daarvan dat dit "sonder rede die vorderingsreg vereenselwig met die skriftelike stuk". Hulle wys ook op die praktiese probleme wat kan ontstaan indien meerdere vorderingsregte uit dieselfde dokument blyk en hierdie regte aan verskillende persone gesedeer word. Dit is selfs moontlik dat die regte van verskillende skuldeisers uit dieselfde dokument blyk. Daarby kan 'n mens voeg dat die voornemende sessionaris ook nie noodwendig bewus sal wees van die bestaan van 'n dokument waaruit die reg blyk nie. Dit sal die geval wees waar partye hulle ooreenkoms bloot vir bewysdoeleindes op skrif gestel het, en nie omdat dit 'n regtens voorgeskrewe formaliteit is nie.

DJ Joubert[66] som sy standpunt soos volg op:

> "Delivery of the document is only required where the right can be enjoyed only by the possessor of the writing or the parties voluntarily introduce it as a condition for the effectiveness of the cession."

Dit blyk dus dat Joubert meen dat lewering van die dokument slegs in twee gevalle vereis behoort te word. Dat die partye kan ooreenkom dat sessie eers sal plaasvind wanneer die dokument oorhandig word, is duidelik en word gesteun deur *Trust Bank of Africa Ltd v Frysch*,[67] waarop Joubert hom beroep. Van veel meer belang is die eerste deel van Joubert se stelling. Hy meen dat lewering van die dokument slegs 'n vereiste vir sessie van die reg behoort te wees indien besit van die dokument 'n voorvereiste vir uitoefening van die reg is. In regsterminologie staan 'n dokument waarin 'n vorderingsreg op so 'n wyse beliggaam is dat besit van die dokument vereis word vir die uitoefening van die reg wat daarin vervat is, as 'n waardepapier bekend.[68] Ingevolge hierdie terminologie sê

---

63 *Moosa v Lalloo* 1956 2 SA 237 (D) en verdere gesag daar aangehaal; De Wet en Van Wyk 629–630; Cilliers en Benade *Maatskappyereg* (1982) 209–210.

64 *Collective securities depositories and the transfer of securities* (1984) 173–174.

65 226 vn 4.

66 *General principles of the law of contract* (1987) 194.

67 1977 3 SA 562 (A).

68 De Wet en Van Wyk 744. Die waardepapierbegrip het in die Duitse literatuur van die vorige eeu ontstaan (sien in besonderhede Oelofse "Rektawissel en rektatjek, verhandeling en sessie in die Duitse en Suid-Afrikaanse reg" 1987 *MB* 130–132), en speel vandag nog 'n belangrike rol in die Vastelandse regsistematiek. Vir die moderne Duitse reg verduidelik Richardi *Wertpapierrecht* (1987) 4 soos volg: "Die Geltendmachung des Rechts ist deshalb hier von der Innehabung der Urkunde abhängig. Diese Funktion bezeichnet man nach herkömmlicher Begriffsbestimmung als *Wertpapierfunktion*. Papiere, die sie erfüllen, sind im rechtswissenschaftlichen Verständnis Wertpapiere."

Joubert dus eintlik dat lewering van die dokument slegs 'n vereiste vir sessie is indien die reg wat gesedeer word in 'n waardepapier beliggaam is. As gesag hiervoor beroep hy hom op die reedsvermelde beslissing van die appèlhof in *Standard Bank of South Africa Ltd v Ocean Commodities Inc.*[69] Ek kan egter geen gesag vir Joubert se standpunt in hierdie uitspraak vind nie. Dit beteken egter nie dat sy standpunt onaanvaarbaar is nie. Inteendeel, soos sal blyk, meen ek dat daar wel motivering daarvoor bestaan.

GEVOLGTREKKING EN EIE STANDPUNT

Myns insiens moet lewering van die dokument waaruit 'n vorderingsreg blyk as algemene vereiste vir die sessie van die reg verwerp word. So 'n reël is nie net histories onverantwoordbaar nie, maar weens 'n onverdedigbare vereenselwiging van die reg met die dokument, ook uit 'n dogmatiese oogpunt onaanvaarbaar. Bowendien skep dit beslis praktiese probleme. Myns insiens is dit nog nie te laat vir die appèlhof om duidelik hieroor standpunt in te neem nie. Die opmerkings in die jongste twee appèlhofuitsprake waar die kwessie aangeraak is, laat ruimte vir 'n deeglike herbesinning.

Die vraag is egter of daar nie gevalle is waar lewering van die dokument tog as geldigheidsvereiste vir sessie gestel behoort te word nie. So 'n reël sou moontlik sin kon maak in daardie gevalle waar 'n vorderingsreg op so 'n wyse in 'n dokument beliggaam is dat die vorderingsreg in 'n meerdere of mindere mate met die dokument self vereenselwig word, dit wil sê "versaaklik" word. Die mees ekstreme vorm van "versaakliking" van 'n vorderingsreg tref 'n mens natuurlik aan by die verhandelbare waardepapier, waarvan die wissel, tjek en promesse die bekendste verskyningsvorme is.[70] Wat hierdie dokumente betref, bestaan die moontlikheid dat 'n persoon aan wie die dokument *verhandel*[71] is in sekere omstandighede 'n gebrekvrye vorderingsreg teen die skuldenaar kan verkry al het die oordragnemer se voorganger hoegenaamd geen of slegs 'n gebrekkige reg gehad.

Hoewel die regte uit 'n verhandelbare dokument gewoonlik deur *verhandeling* oorgedra word en verhandeling 'n lewering van die dokument veronderstel, staan dit vas dat die regte uit 'n verhandelbare dokument ook by wyse van gewone sessie oorgedra kan word.[72] Hoewel die oordragnemer deur sessie nie 'n sterker reg as sy voorganger kan verkry nie, ontstaan die vraag of lewering van die dokument nie ook vir sessie vereis moet word nie.[73]

In hierdie verband is dit interessant om op die posisie in die Duitse reg te let. Volgens artikel 398 van die *Bürgerliches Gesetzbuch* word vorderingsregte deur blote ooreenkoms tussen sedent en sessionaris oorgedra. Daar is dus geen formele vereistes nie en die feit dat die reg uit 'n dokument blyk, maak hieraan

---

69 1983 1 SA 276 (A).

70 Vgl ook *Kahn v Volschenk* 1986 3 SA 84 (A) oor die sg verdedigingsbonusobligasies wat tot onlangs deur die staat uitgereik is.

71 Dws gelewer is in die geval van 'n toonderdokument, of geëndoseer en gelewer is in die geval van 'n orderdokument.

72 Vgl *Factory Investments (Pty) Ltd v Ismails* 1960 2 SA 10 (T); De Wet en Van Wyk 753 vn 72 en 755; Malan en De Beer par 151; sien ook Oelofse 136 vn 81.,

73 Cowen en Gering 44 vereis inderdaad lewering van die dokument vir die sessie van die regte uit 'n verhandelbare dokument, hoewel hulle origens die leweringsvereiste verwerp. Die grondslag van hulle standpunt is die "beliggaming" van die reg in die dokument.

geen verskil nie. Nogtans het die Bundesgericht beslis dat lewering van die dokument wel 'n vereiste is indien die regte uit 'n *wissel* gesedeer word.[74] Dit was aanvanklik nie bo alle twyfel duidelik wat die presiese grondslag vir hierdie uitsondering is nie.[75] In 'n heel onlangse uitspraak[76] het die Bundesgericht die grondslag van sy standpunt egter baie duidelik gestel: die rede vir die uitsondering is die bevordering van regsekerheid. Aangesien 'n wissel 'n *verhandelbare* waardepapier is, bestaan die moontlikheid van 'n latere verkryging te goeder trou deur 'n derde party indien 'n sedent in staat is om die dokument nog steeds te verhandel nadat hy die regte daaruit reeds gesedeer het. Ten einde die sessionaris teen so 'n moontlikheid te beskerm en sodoende regsekerheid te bevorder, word lewering van die dokument vir sessie vereis. Dit volg dat die uitsonderingsreël slegs vir *verhandelbare* waardepapiere geld, en net vir solank die moontlikheid van verkryging van 'n onaanvegbare reg vanaf 'n persoon met 'n aanvegbare reg nog bestaan. Indien sessie dus plaasvind nadat die tydperk vir aanbieding reeds verstryk het of nadat protes weens wanbetaling reeds plaasgevind het,[77] kan niemand meer reëlmatige houer word nie en geld die leweringsvereiste nie.

Daar is enkele skrywers[78] wat meen dat die leweringsvereiste nie beperk moet word tot *verhandelbare* dokumente nie, maar vir *alle waardepapiere* behoort te geld. Ten gunste van hierdie standpunt kan aangevoer word dat die sessionaris van die regte uit 'n waardepapier in elk geval besit van die dokument nodig het om sy regte uit te oefen. Gevolglik het dit min sin om 'n oordrag van die reg na hom te erken sonder dat hy in staat is om sy reg uit te oefen. Hierdie standpunt is inderdaad deur die vooroorlogse Reichsgericht aanvaar.[79] Dit verteenwoordig ook die huidige standpunt van die Oostenrykse howe,[80] terwyl dit in Switserland by wyse van wetgewing vasgelê is.[81] Soos reeds geblyk het, aanvaar die Duitse Bundesgericht nie meer die standpunt van die destydse Reichsgericht nie. Volgens die Bundesgericht[82] beteken die blote feit dat besit van die dokument nodig is vir *uitoefening* van die reg, nie noodwendig dat die reg ook nie *oorgedra* kan word sonder lewering van die dokument nie. Streng logies is dit wel waar, maar uit 'n *praktiese* oogpunt lyk die Oostenrykse en Switserse opvatting aantreklik. Indien lewering van die dokument dan nie as 'n vereiste vir die sessie self gestel word nie, sal die sessionaris ten minste die een of ander regsmiddel gegee moet

---

74 Sien BGH 1958 *NJW* 302; BGH 1970 *WM* 245 246.
75 Sien Oelofse 129–130 hieroor.
76 BGH 1988 *Der Betrieb* 1440; 1988 *NJW* 1979.
77 Sien a 20 van die *Wechselgesetz* en a 24 van die *Scheckgesetz*.
78 Sien Jacobi *Wechsel- und Scheckrecht* (1956) 666–667; Quassowski/Albrecht *Wechselgesetz* (1934) par 14 op a 11 *WG*; Stanzl *Wechsel-, Scheck- und sonstiges Wertpapierrecht* (1957) 53 123; Richardi 35–36.
79 RGZ 3, 326 329; RGZ 88, 290; RGZ 119, 215 217.
80 Sien die uitspraak van die Oberlandesgericht van Wenen by Von Caemmerer, Von Bargen en Späth *Internationale Rechtsprechung zum Genfer einheitlichen Wechsel- und Scheckrecht* (1954) 98 en die uitspraak van die Oberster Gerichtshof in *Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen* bd 44 (1971) 87 88.
81 Sien a 965 en 967(1) van die Switserse Obligationenrecht, en in verband daarmee Weber *Die Legitimationspapiere im Schweizerischen Recht* (1956) 13 vn 24; Jäggi, Druey en Von Greyerz *Wertpapierrecht* (1985) 180–181; sien ook Oelofse 131.
82 1958 *NJW* 302 303.

word om besit van die dokument te bekom.[83] Duidelike aanknopingspunte vir so 'n regsmiddel ontbreek egter in die Suid-Afrikaanse reg.[84]

Die gevolgtrekking is dus dat die leweringsvereiste wel behoort te geld vir die sessie van vorderingsrgte wat in *waardepapiere* vervat is. Dit sluit alle dokumente in wat oor die eienskap van verhandelbaarheid in die eng sin van die woord beskik, maar is nie daartoe beperk nie. Ook 'n tjek wat "nie verhandelbaar nie" gekruis is en 'n toegangskaartjie tot 'n rugbywedstryd of toneelopvoering is waardepapiere,[85] maar nie 'n dokument waarin die bepalings van byvoorbeeld 'n koopkontrak vervat is nie.

Ten slotte kan miskien nog iets oor die oordragakte wat moontlik in die Romeins-Hollandse reg vir sessie vereis is, gesê word. Hoewel daar moderne Europese regstelsels is wat 'n oordragakte as vereiste vir 'n geldige sessie stel,[86] is dit nie deurgaans die geval nie.[87] In hierdie verband volg die Duitse reg 'n interessante benadering. Volgens artikel 410 van die *Bürgerliches Gesetzbuch* kan die skuldenaar weier om teenoor die sessionaris te presteer, tensy laasgenoemde aan hom 'n oordragakte voorlê wat deur die sedent verly is, of tensy die sedent reeds skriftelik aan die skuldenaar kennis gegee het van die sessie. Hoewel die oordragakte of skriftelike kennisgewing nie as vereiste vir die oorgang van die reg gestel word nie, beskerm dit die skuldenaar teen iemand wat eenvoudig beweer dat hy nou die nuwe skuldeiser is.[88] Hoewel daar veel voor te sê is om ten minste in hierdie verswakte vorm 'n oordragakte te vereis,[89] sal dit in Suid-Afrika nie deur middel van die regspraak kan geskied nie. Daarvoor is die breuk met enige moontlike rol wat 'n oordragakte kan speel, te finaal.

NASKRIF

Na die voltooiing van hierdie bydrae is die beslissing in *Ex parte Deputy Sheriff for the District of Kempton Park: In re JI Case South Africa (Pty) Ltd v Volkskas Ltd*[90] gerapporteer. Die regter het hom gebonde geag aan die Transvaalse uitsprake tot die effek dat lewering van die dokument wel 'n vereiste is, maar op die feite tot die gevolgtrekking gekom dat die betrokke reg waaroor dit gegaan het, inderdaad nie in 'n dokument vervat was nie. Hoewel ek bedenkinge oor die korrektheid van hierdie feitelike bevinding het, het dit niks te doen met die vraag of lewering van die dokument hoegenaamd as vereiste gestel behoort te word nie.

---

83 Inderdaad bevat a 402 en 952 *BGB* wel sodanige regsmiddels. Dit verklaar miskien waarom die Bundesgericht so maklik 'n onderskeid tussen die uitoefening en die oordrag van die reg maak sover dit die rol van die dokument betref.

84 Sien egter by vn 39 hierbo en Scott *Cession* 39.

85 'n Tjek wat "onoordraagbaar" gemerk is, is weliswaar 'n waardepapier, maar die woord "onoordraagbaar" op so 'n tjek veroorsaak dat die regte daaruit in elk geval onsedeerbaar is (sien Oelofse 135–136, maar daarteenoor Malan en De Beer par 118).

86 Sien Scott 28 vn 88 oor die Nederlandse reg en a 165 OR vir die Switserse reg.

87 In die betrokke bepalings (a 1392–1399) van die Oostenrykse *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* word byvoorbeeld geen melding van 'n oordragakte gemaak nie.

88 Indien dit gaan oor die oordrag van 'n vorderingsreg wat in 'n legitimasiepapier vervat is, sal die dokument self normaalweg die nuwe skuldeiser as skuldeiser uitwys, en het 'n oordragakte nie hierdie rol te speel nie.

89 Dit sou die grondslag vir die besonder wye beskerming wat al in geval van mededingende aanspraakmakers op prestasie aan die skuldenaar verleen is (vgl *Brook v Jones* 1964 1 SA 765 (N)), grootliks uitskakel.

90 1989 2 SA 646 (T).

The evolution of the closest (most significant) connection in the conflict of laws

Erwin Spiro
LLB Dr Juris Utriusque LLD (hc)
Advocate of the Supreme Court of South Africa, Kammergerichtsanwalt

OPSOMMING

Die evolusie van die nouste (belangrikste) verband in die internasionale privaatreg

Die heersende mening is byna allerweë dat daar by gebrek aan 'n regskeuse gebruik gemaak word van die leer van die nouste verband wat ook die maatstaf van karakteristieke prestasie insluit. Hierdie artikel is 'n regsvergelykende ondersoek na die evolusie van die begrippe nouste verband en karakteristieke prestasie met betrekking tot internasionale kontrakte.

INTRODUCTION

In 1880 Westlake,[1] apparently[2] influenced by Von Savigny's (1779–1861) famous "seat of a legal relationship" wrote the following:

> "[T]he law by which to determine the intrinsic validity and effects of a contract will be selected in England on substantial considerations, the preference being given to the country with which the transaction has the most real connection, and not the place of contract as such."

The passage does not refer to contracts only, but contracts are the transactions most concerned. Like the "autonomy of the parties",[3] the closest connection found more favour with the courts. The latter must also not be confused with the incidence of the proper law (the law governing a transaction[4]).

It is proposed to deal with some modern legal systems which made a significant contribution to the development of "the closest connection".

ENGLISH CASE LAW

The closest connection, which, as has just been pointed out, must not be confused with the proper law (of the contract), may nevertheless be affected by the latter's development. This is particularly so in the English case law where in fact the

---

1 *Private international law* (7th ed by N Bentwich 1925).
2 Kahn-Freund *General problems of private international law* (1976) 140–141; Scoles and Hay *Conflict of laws* (1982) 37.
3 Rabel *The conflict of laws. A comparative study* vol I (1958) 90 *et seq*; Spiro *The general principles of the conflict of laws* (1981) 28; Spiro 1984 *ICLQ* 201.
4 Spiro "Re-examination of the proper law" in *Essays in honour of Clive M Schmitthoff* (1973) 341–357 356 fn 120 (or Spiro *Conflict of laws* (1973) 155–168 fn 21).

requirement of the closest connection forms part of the proper law.[5] As will be seen presently, it is only if the transaction in question was not made by reference to a particular system of law that the requirement of the closest connection comes into play. The *locus classicus* is the following passage in *John Lavington Bonython v Commonwealth of Australia*[6] by Lord Simonds:

> "The substance of the obligation must be determined by the proper law of the contract, i e, the system of law by reference to which the contract was made or that with which the transaction has its closest and most real connection."

The word "or" is disjunctive, as it appeared to Lord Diplock who delivered the majority judgment in *Amin Rasheed Shipping Corp v Kuw-Insurance Co; The Al Wahab.*[7] To exclude any ambiguity, his lordship continued:

> "If it is apparent from the terms of the contract itself that the parties intended it to be interpreted by reference to a particular system of law, their intention will prevail and the latter question as to the system of law with which, in the view of the court, the transaction to which the contract relates would, but for such intention of the parties, have had the closest connection, does not arise."[8]

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA

The incidence of the closest connection does not figure as such in the South African conflict of laws, but there is no incompatibility either. I have dealt with the problem in a recent article "Failure to choose the applicable law".[9] We have the view of Ulpian, who has been referred to by the Roman-Dutch writers and South African cases,[10] that, if the parties have not chosen the governing law expressly or tacitly, the customary law of the place where the contract was concluded governs; this clearly introduces an objective test which does not take notice of the intention of the parties. So, too, in *Standard Bank of South Africa Ltd v Efroiken and Newman*,[11] De Villiers JA opined *obiter* that where the parties did not give the matter a thought, courts of law had of necessity to fall back upon what ought, reading the contract in the light of the subject-matter and of the surrounding circumstances, to be presumed to have been the intention of the parties. Moreover, as Grosskopf J (as he then was) pointed out in *Improvair Cape (Pty) Ltd v Establissements Neu*,[12] in the case of *Benidai Trading Co Ltd v Gouws (Pty) Ltd*[13] a full bench of the Transvaal provincial division did place much reliance on the decision of the House of Lords in *Compagnie d'Armement Maritime SA v Com-Tunisienne de Navigation SA*[14] in which *Bonython's* case was followed and applied. Grosskopf J even went so far as to say that the *Bonython* test appealed to him.[15]

---

5 Although, in my view, the proper law (of the contract) is ill-conceived and should be replaced by "the law governing the contract" (see preceding note), for the sake of expediency the phrase "proper law" will be used in the text.
6 1951 AC 201 (PC) 219 *in fine*, hereinafter referred to as the *Bonython* test.
7 1983 2 All ER 884 (HL) 88e.
8 *Idem* 888f; see also Spiro 1984 *ICLQ* 199.
9 1984 *THRHR* 140–157.
10 *Idem* 148.
11 1924 AD 184 185.
12 1983 2 SA 138 (C) 146B–C.
13 1977 3 SA 1020 (T).
14 1970 3 All ER 71 (HL).
15 *Supra* fn 12, 147B; cf *supra* fn 6.

THE UNITED STATES OF AMERICA

While the conflict of laws of the United States of America developed in the nineteenth century largely under the influence of Story's *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic*,[16] what coloured that branch of the law in the twentieth century were the *First restatement of the conflict of laws*[17] and the *Second restatement of the conflict of laws*.[18] In between, there were some important cases to which reference will be made in due course. The First Restatement was subjected to strong criticism from the very beginning: it rejected the autonomy of the parties; the law of the contract was generally governed by the law of the place of contract and in certain instances by the law of the place of performance;[19] it adhered to the vested rights theory;[20] and generally it was too rigid.[21] The Second Restatement remedied all this and, what is more important, introduced the incidence of the most significant relationship.

Paragraph 6 (1) and (2) read as follows:

> "(1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.
>
> (2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include
>
> (*a*) the needs of the interstate and international systems,
> (*b*) the relevant policies of the forum,
> (*c*) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
> (*d*) the protection of justified expectations,
> (*e*) the basic policies underlying the particular field of law,
> (*f*) certainty, predictability and uniformity of result, and
> (*g*) ease in the determination and application of the law to be applied."

The "Comment" on sub-paragraph (2) points to the failure of the courts in formulating a satisfactory rule in many areas; such as in wrongs and contracts. Only a general principle, such as the local law "of the state of most significant relationship" can therefore be stated here, providing some clue to the correct approach without, however, furnishing precise answers. The comment continues:

> "In these areas the courts must look in each case to the underlying factors themselves in order to arrive at a decision which best accommodates them."

There are subsequent special Restatement paragraphs, for example regarding the transfer of immovables[22] or torts,[23] but no particular weight or priority is assigned to paragraph 6, as well as paragraph 145 of the Second Restatement.[24] There is no doubt that the Second Restatement,[24] in contrast to the First,[25] purports to be a guide for the future.[26]

---

16 (1834) and subsequent editions.
17 (1934) – reporter Prof Beale.
18 (1971) (3 vls) – reporter Prof Reese.
19 Par 332 334 358.
20 Scoles and Hay (*supra* fn 2) 14–15.
21 Kahn-Freund (*supra* fn 2) 267 322.
22 Scoles and Hay (*supra* fn 2) 35.
23 Second Restatement (*supra* fn 18) par 145 (2).
24 *Supra* fn 18.
25 *Supra* fn 17.
26 Scoles and Hay (*supra* fn 2) 35.

Furthermore, in terms of paragraph 187 of the Second Restatement,[27] the law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice or (b) the application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under paragraph 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law of the parties.

There were some famous cases, particularly of the state of New York, which to some extent prepared the ground for the Second Restatement.[28] In *Auten v Auten*[29] the law of the centre of gravity was held to govern a separation (support) agreement. Furthermore, in *Babcock v Jackson*,[30] a tort case where a gratuitous guest passenger sued his host driver, the New York court of appeals applied, rather than the *lex loci delicti commissi* (Ontario), the law of New York where the centre of gravity of events was held to have been. Chief Judge Fuld thought to have rationalised and rendered more workable the existing (conflicts) law (of contracts) by resorting to a grouping of contacts and by seeking the centre of gravity on the pattern of the English conflict of laws.[31] In passing, it may be mentioned that Otto von Gierke, too, had resorted to the centre of gravity[32] ("Schwerpunkt").[33]

The autonomy of the parties has also been accepted by the Uniform Commercial Code which has been adopted in a "growing majority of states".[34] In terms of paragraphs 1–105 (1),[35] when a transaction bears a reasonable relationship to this state and also to another state or nation, the parties may agree that the law of either this state or such other state or nation shall govern their rights and duties, and failing such agreement the act applies to transactions bearing an appropriate relation to this state.

EEC CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLIGATIONS[36]

The Convention applies to contractual obligations involving a choice between the laws of different countries (article 1 (1)). But in terms of sub-article (2) the Convention does not apply to:

(a) questions involving the status or legal capacity of natural persons;

---

27 *Supra* fn 18.
28 *Ibid.*
29 308 NY 155, 124 NE 2d 99 (1954).
30 12 NY 2d 473, 240 NY 2d 743, 191 NE 2d 279 (1963); see also Scoles and Hay (*supra* fn 2) par 17.26.
31 Ehrenzweig and Jayme *Private international law* vol III (1977) 105.
32 Spiro (1981) (*supra* fn 3) 32.
33 Kegel *Internationales Privatrecht* (1985) 110.
34 Enrenzweig *Private international law* vol I (1972) 38.
35 Scoles and Hay (*supra* fn 2) 649 650 fn 4.
36 80/934/EEC: Official Journal No L 266 of 1980–10–09.

(b) contractual obligations relating to wills and succession, rights in property arising out of a matrimonial relationship and rights and duties arising out of a family relationship, parentage, marriage or affinity, including maintenance obligations in respect of children who are not legitimate;

(c) obligations arising under bills of exchange, cheques and promissory notes and other negotiable instruments to the extent that the obligations under such other negotiable instruments arise out of their negotiable character;

(d) arbitration agreements and agreements on the choice of court;

(e) questions governed by the law of companies and other bodies corporate or unincorporate, such as the creation (by registration or otherwise) of legal capacity, internal organisation or winding up of companies and other bodies corporate or unincorporate and the personal liability of officers and members as such for the obligations of the company or body;

(f) the question whether an agent is able to bind a principal, or an organ to bind a company or a body corporate or unincorporate to a third party;

(g) the constitution of trusts and the relationship between seniors, trustees and beneficiaries;

(h) evidence and procedure.

According to sub-article (3) the rules of the Convention are also not applicable to contracts of insurance which cover risks situated in the territories of the member states of the European Economic Community. (In order to determine whether a risk is situated in these territories the court must apply its municipal law.) This does not apply to contracts of re-insurance (sub-article (4)).

In terms of article 2, any law specified by the Convention is to be applied whether or not it is the law of a contracting state.

Freedom of choice

In terms of article 3 (1), a contract is governed by the law chosen by the parties: the choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case, the parties being at liberty to select the law applicable to the whole or a part only of the contract.

Further, according to sub-article (2) the parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice under this article or of other provisions of the Convention.

Applicable law in the absence of choice

In terms of article 4 (1), to the extent that the law applicable to the contract has not been chosen as aforesaid, the contract is governed by the law of the country with which it is most closely connected; a severable part of the contract which has a closer connection with another country may by way of exception be governed by the law of that other country.

As sub-article (2) provides, it is presumed that the contract is most closely connected with the country where the party, who is to perfect the performance which is characteristic of the contract, has, at the time of the conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration. It will be understood, however, if the contract

is entered into in the course of that party's trade or profession, that that country shall be the country in which the principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated.

According to sub-article (3), to the extent that the subject-matter of the contract is a right in immovable property or a right to use immovable property, it is presumed that the contract is most closely connected with the country where the immovable property is situated. Sub-article (4) deals with a contract for the carriage of goods. In such a contract, if the country in which, at the time the contract is concluded, the carrier has his principal place of business, is also the country in which the place of loading or the place of discharge or the principal place of business of the consignor is situated, it is presumed that the contract is most closely connected with that country; single voyage charter-parties and other contracts, the main purpose of which is the carriage of goods, are treated as contracts for the carriage of goods.

In terms of sub-article (5), if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country, the law of the characteristic performance does not apply.

Certain consumer contracts

Article 5 deals with a contract, the object of which is the supply of goods or services to a person – the consumer – for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession or a contract for the provision of credit for that object (sub-article (1)).

Individual employment contracts

A choice of law made by the parties in a contract of employment will, in terms of article 6 (1), not have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law which would be applicable in the absence of choice. Such a contract is in the absence of choice governed:

(a) by the law of the country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract even if he is temporarily employed in another country; or

(b) if the employee does not habitually carry out his work in any one country, by the law of the country in which the place of business through which he was engaged is situated,

unless it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country, in which case the contract is governed by the law of that country (sub-article (2)).

Mandatory rules

As provided by article 7 (1), when the law of a country is applied under the Convention, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract; in considering whether to give effect to these

mandatory rules, regard must be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application. Nothing in the convention restricts the application of the rules of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the contract (sub-article (2)).

Material validity

The existence and validity of a contract, or of any term of a contract, is to be determined by the law which would govern it under the Convention if the contract or term were valid ((article 8 (1)). But a party may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence to establish that he did not consent, if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law heretofore specified (sub-article (2)).

Formal validity

According to article 9 (1) a contract concluded between persons who are (*sic*) in the same country is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it under the Convention or of the law of the country where it is concluded.

A contract concluded between persons who are (*sic*) in different countries is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it under the Convention or of the law of one of those countries (sub-article (2)).

Where a contract is concluded by an agent, the country in which the agent acts, is the relevant country (sub-article (3)).

An act intended to have legal effect relating to an existing or contemplated contract is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which under the Convention governs or would govern the contract or of the law of the country where the act was done (sub-article (4)).

The formal validity of a (consumer) contract described in article 5 (2) above is governed by the law of the country in which the consumer has his habitual residence (sub-article (5)).

A contract the subject-matter of which is a right in immovable property or a right to use immovable property, is subject to the mandatory requirements of form of the law of the country where the property is situated if by that law those requirements are imposed irrespective of the country where the contract is concluded and irrespective of the law governing the contract (sub-article (6)).

Scope of the applicable law

As article 10 (1) provides, the law applicable to a contract by virtue of the Convention governs, in particular:

(a) interpretation;

(b) performance;

(c) within the limits of the powers conferred on the court by a procedural law, the consequences of breach, including the assessment of damages in so far as it is governed by rules of law;

(d) the various ways of extinguishing obligations and prescription and limitation of action; and

(e) the consequences of nullity of the contract.

In relation to the manner of performance and the steps to be taken in the event of defective performance, regard is to be had to the law of the country in which performance takes place (sub-article (2)).

Incapacity

In terms of article 11, in a contract concluded between persons who are (*sic*) in the same country, a natural person who would have capacity under the law of that country may invoke his incapacity resulting from another law only if the other party to the contract was aware of this incapacity at the time of the conclusion of the contract or was not aware thereof as a result of negligence.

Burden of proof; presumptions; proof

The law governing the contract under the Convention applies to the extent that it contains in the law of contract rules which raise presumptions of law or determine the burden of proof ((article 14 (1)). A contract or an act intended to have legal effect may be proved by any mode of proof recognised by the law of the forum or by any of the laws referred to in article 9 under which that contract or act is formally valid, provided that such mode of proof can be administered by the forum (sub-article (2)).

Exclusion of renvoi

The application of the law of any country specified by the Convention means the application of the rules of law in force in that country, other than its rules of private international law (article 15).

Ordre public

The application of a rule of the law of any country specified by the Convention may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy ("ordre public") of the forum (article 16)).

No retrospective effect

The Convention applies in a contracting state to contracts made after the date on which the Convention has entered into force with respect to that state[37] (article 17).

Uniform interpretation

In the interpretation and application of the preceding uniform rules regard is had to their international character and to the desirability of achieving uniformity in their interpretation and application (article 18).

---

37 The Convention is to enter into force on the 1st day of the 3rd month following the deposit of the 7th instrument of ratification, acceptance or approval (art 29(1)). Further, the Convention will enter into force for each signatory state ratifying, accepting or approving it at a latter date on the 1st day of the 3rd month following the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval (2).

The Convention, drawn up in a single original in the Danish, Dutch, English, French, German, Irish and Italian languages – all the texts being equally authentic – is deposed in the archives of the secretariat of the Council of the European Communities; the Secretary-General must transmit a certified copy to the government of each signatory state (article 33).

States with more than one legal system

Where a state comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of contractual obligations, each territorial unit is considered as a country for the purposes of identifying the law applicable under the Convention (article 19(1)). A state within which different territorial units have their own rules of law in respect of contractual obligations is not bound to apply the Convention to conflicts solely between the laws of such units (sub-article (2)).

Precedence of community law

The Convention does not affect the application of provisions which, in relation to particular matters, lay down choice of law rules relating to contractual obligations and which are or will be contained in acts of the institutions of the European Communities or in national laws harmonised in implementations of such acts (article 20).

Relationship with other conventions

The Convention is not to prejudice the application of international conventions to which a contracting state is or becomes a party (article 21).

Voluntary assignments; subrogation

No good purpose is served in this connection by dealing with voluntary assignments (article 12) and subrogations (article 13). Suffice it to refer to the respective articles.

Omissions

Nor do I discuss certain reservations for which provision is made (article 22) and the "Final Provisions" in articles 23 to 32 which contain convention-related law.

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY

The new Conflict of Laws Act[38] came into force in the Federal Republic of Germany on 1986–09–01. The Federal Republic of Germany gave her consent to the Convention at the same time.[39] However, articles 1–21 were not to be applied in the Federal Republic since they had already been incorporated in the act.[40]

---

38 BGBl 1986 I 1142.

39 BGBl 1986 II 809.

40 See *Nachtrag to Internationales Privat- und Verfahrensrecht* (3 ed by Jayme and Hausmann) Vorbemerkung; see also Von Bar *Internationales Privatrecht* vol I (1987) Rdnr 197 178; Kegen (*supra* fn 33) 125–127 140 *et seq* 425.

CRITIQUE

What gives the Convention on the Law applicable for Contractual Obligations its imprint, is the recognition, in the absence of choice, of the requisite of the closest connection, as further developed by the so-called "characteristic performance".[41] The characteristic performance approach originated in Switzerland.[42] As may be expected, the doctrine has been held to be somewhat defective,[43] but which rigid application of a rule would not be? Most interestingly, the Second Restatement[44] does not equate the closest connection in so many words with the place where the characteristic performance was rendered. It would, however, appear that the guide-lines set out in paragraph 6(1)(2) of the Second Restatement[45] are wide enough to accommodate any deserving case.

CONCLUSION

For purposes of comparative law it is now proposed to list in chronological order those legal systems which have, in some form or other, recently introduced the closest connection as well as the characteristic performance criteria.

Democratic Republic of Germany: East-Berlin Rechtsanwendungsgesetz of 1975–12–05 (GBl I 748); East-Berlin (VOBl 1976,9).

Austria Federal Law of 1978–06–15 on International Private Law (BGBl 1978 Nr 304).[46]

Switzerland La Loi Fédéral sur le Droit International Privé (LDIP), adopted by the Swiss parliament on 1987–12–18, FF 1988 I 5 – the date for the act's entry into force soon to be fixed.[47]

---

41 Ehrenzweig and Jayme III (*supra* fn 31) 36–37; Kegen (*supra* fn 40) 173 396.
42 Ehrenzweig and Jayme III (*supra* fn 31) 37.
43 Scoles and Hay (*supra* fn 2) 697.
44 *Supra* fn 18.
45 *Ibid*; see also Spiro (*supra* fn 32) 33–44.
46 Par 1(1) of the act introduces the requisite of the "strongest" connection in general terms, to be followed by the explanation (2) that special rules on the applicable law are to be regarded as an expression of this principle.
47 See Samule "The new Swiss private international law act" 1988 *ICLQ* 681.

AANTEKENINGE

DIE WET OP DIE BEHEER OOR TRUSTGOED 57 VAN 1988

1 Inleiding

Die Wet op die Beheer oor Trustgoed 57 van 1988 het op 31 Maart 1989 in werking getree. Die wet herroep die Trustgelde Beskermings Wet 34 van 1934 asook hoofstuk III van die Boedelwet 66 van 1965. (Laasgenoemde was nog nie in werking nie.) Die wet vloei voort uit 'n ondersoek deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie na die trustreg in Suid-Afrika. (Sien in dié verband die verslag van die regskommissie oor die hersiening van die trustreg, Projek 9, Junie 1987 (hierna: verslag van die regskommissie).)

Die regskommissie was van mening dat daar nie 'n behoefte bestaan het om die trustreg in die geheel te hersien of te kodifiseer nie. Statutêre bepalings wat bloot verklarend van die bestaande posisie is, is daarom nie in die wet opgeneem nie. Die kommissie het verder as uitgangspunt aanvaar dat owerheidsbeheer oor trusts tot die minimum beperk moet word, en dat nie alle handelinge van trustees noodwendig aan die beheer en toesig van die meester onderworpe moet wees nie.

Aspekte wat nie in die kommissie se konsepwetsontwerp en die daaruitvoortvloeiende Wet 57 van 1988 gehanteer word nie, is:

(a) die verlening van regspersoonlikheid aan trusts;

(b) beperkings op die duur van trusts;

(c) voorskrifte aangaande toedelings van uitgawes en ontvangste teen die kapitaal en inkomste van die trust;

(d) die konstruksie van die trust *inter vivos* as 'n beding ten behoewe van 'n derde;

(e) die diskwalifikasie van sekere persone om as trustees op te tree en die beperking van die amp van trustee tot sekere beroepsgroepe;

(f) notariële verlyding as 'n geldigheidsvereiste vir 'n trustdokument;

(g) voorgestelde standaardklousules in 'n trustdokument;

(h) spesiale behandeling van handeldrywende trusts;

(i) strafbepalings ten einde statutêre bepalings af te dwing;

(j) toetrede tot die "Hague convention on the law applicable to trusts and on their recognition" van 20 Oktober 1984;

(k) staatsbeheer oor liefdadigheidstrusts;

(l) belastingaspekte van trusts;

(m) die interpretasie van trustdokumente deur die meester; en

(n) die inkorporasie van sekere van die Boedelwet 66 van 1965 se bepalings, byvoorbeeld die verbod op substitusie van eksekuteurs.

(Vir meer besonderhede, sien die verslag van die regskommissie 82–105.)

2 Bepalings van Wet 57 van 1988

Wet 57 van 1988 omskryf die begrip "trust" vir doeleindes van die wet en bevat verskeie bepalings waardeur die meester kontrole oor die trustee uitoefen. Verder stel die wet die standaard van sorgsaamheid wat van die trustee vereis word, en maak dit voorsiening vir vergoeding van die trustee en vir die bedanking van die trustee uit sy amp. Die wet spreek ook probleme aan wat deur die regskommissie tydens sy ondersoek geïdentifiseer is. Dié probleemareas hou verband met die insolvensie van 'n trustee, die wysiging van trustbepalings, die vulling van 'n vakture in die amp van trustee en die ontheffing van 'n trustee van sy amp.

2 1 Omskrywing van "trust"

Vir doeleindes van Wet 57 van 1988 is 'n "trust"

> "die reëling waardeur een persoon se goed uit hoofde van 'n trustdokument–
>
> (a) aan iemand anders, die trustee, in die geheel of gedeeltelik in eiendom oorgemaak of nagelaat word om ooreenkomstig die voorskrifte van die trustdokument geadministreer te word of oor beskik te word tot voordeel van die persoon of klas van persone in die trustdokument aangewys of ter bereiking van die doel in die trustdokument omskryf; of
>
> (b) aan die bevoordeeldes in die trustdokument in eiendom oorgemaak of nagelaat word, welke goed ingevolge die trustdokument onder die beheer gestel word van iemand anders, die trustee, om ooreenkomstig die voorskrifte van die trustdokument geadministreer te word of oor beskik te word tot voordeel van die persoon of klas van persone in die trustdokument aangewys of ter bereiking van die doel in die trustdokument omskryf,
>
> maar nie ook die geval waar iemand die goed van 'n ander moet administreer as eksekuteur, voog of kurator ingevolge die bepalings van die Boedelwet, 1965 (Wet No. 66 van 1965), nie".

Paragraaf (b) slaan duidelik op die sogenaamde "bewindtrust". Nie alle skrywers is dit eens dat die "bewind" wel as 'n verskyningsvorm van trust beskou moet word nie (vgl Joubert 1968 *THRHR* 124–146 262–281 in die verband), maar geen beswaar is ingebring teen die regskommissie se voorstel dat die bewind ook deur die wet gedek moet word nie (verslag van regskommissie 9).

Die kern van die woordomskrywing van 'n "trust" is die begrip "trustdokument". Slegs trusts wat deur 'n trustdokument tot stand kom, sal aan Wet 57 van 1988 onderworpe wees. (In die praktyk sal dit sekerlik die meerderheid van trusts wees.) Die wet omskryf 'n trustdokument in artikel 1 as

> " 'n skriftelike ooreenkoms of 'n testamentêre geskrif of 'n hofbevel waarvolgens 'n trust tot stand gebring is".

Trusts wat *mondelings* opgerig is en daarna op skrif gestel is, sal ook aan die wet onderworpe wees, want volgens artikel 2 word 'n dokument wat die opskrifstelling van 'n mondelinge ooreenkoms uitmaak waarby 'n trust tot stand gebring of gewysig word, ook geag 'n trustdokument te wees.

Uit die woordomskrywing van 'n trustdokument blyk dat trusts wat deur 'n *hofbevel* tot stand kom, ook binne die definisie van 'n trust vir doeleindes van die wet val, maar dat trusts wat kragtens *statuut* tot stand gebring word, uitgesluit is. ('n Voorbeeld van sodanige trusts is die Suid-Afrikaanse Ontwikkelingstrust opgerig deur die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936.)

Verder dien gelet te word op artikel 25 Wet 57 van 1988 wat spesifiek 'n skema ingevolge die Wet op Deelnemingsverbande 55 van 1981, en 'n trust wat deur 'n ander wet vrygestel is van Wet 34 van 1934, ook vrystel van Wet 57 van 1988. (Voorbeelde van trusts wat kragtens wetgewing vrygestel was van Wet 34 van 1934 is effekte-trustskemas bestuur ingevolge die Wet op Beheer van Effekte-Trustskemas 54 van 1981, pensioenfondse geregistreer kragtens die Wet op Pensioenfondse 24 van 1956 of ingestel kragtens die Wet op Arbeidsverhoudinge 28 van 1956, en sekere versekeringskemas (sien a 77*bis* van die Versekeringswet 27 van 1943 en die verslag van die regskommissie 14–15).)

2 2 Bepalings waardeur meester kontrole oor trustee uitoefen

2 2 1 Regsbevoegdheid van meesters

Waar oor trustgoed ingevolge 'n testamentêre geskrif beskik moet word, sal die meester by wie die testament ingedien is, regsbevoegdheid hê. In alle ander gevalle sal die meester in wie se gebied die grootste gedeelte van die trustgoed geleë is, regsbevoegdheid hê. Indien die grootste gedeelte van die trustgoed verskuif nadat die meester reeds sy regsbevoegdheid uitgeoefen het, behou die meester sy bevoegdheid (a 3(1)(a)). 'n Meester wat nie regsbevoegdheid oor trustgoed besit nie, kan nogtans met toestemming van die meester wat wel regsbevoegdheid het, regsbevoegdheid ten opsigte van die trustgoed op hom neem indien hy daartoe skriftelik versoek word deur 'n belanghebbende by die trustgoed (a 3(1)(b)).

Indien 'n meester verkeerdelik, maar *bona fide*, meen dat hy regsbevoegdheid het, sal 'n handeling wat hy verrig het nie ongeldig wees nie (a 3(2)). Waar meerdere meesters *bona fide* regsbevoegdheid uitoefen ten opsigte van dieselfde trustgoed, sal, sodra die meesters dit te wete kom, die meester wat eerste regsbevoegdheid uitgeoefen het, regsbevoegdheid behou. Enige handeling wat reeds deur of kragtens die magtiging van 'n ander meester verrig is, verloor egter nie geldigheid nie. Enige magtiging of aanstelling van 'n trustee ten opsigte van die betrokke trustgoed deur 'n ander meester, moet deur daardie meester ingetrek word (a 3(3)).

2 2 2 Indiening van trustdokument en afskrifte van dokumente

Voordat 'n trustee wie se aanstelling na 31 Maart 1989 van krag word die beheer van die trustgoed mag aanvaar, moet hy die trustdokument, of 'n gesertifiseerde afskrif daarvan, teen betaling van voorgeskrewe gelde by die meester indien (4(1)). (Indien die trust deur 'n testament tot stand gekom het, sal die meester natuurlik reeds in besit van die testament wees.) Tans beloop die voorgeskrewe gelde R100,00 ten opsigte van elke trustdokument (reg 609/1989). Enige wysigings aan die trustdokument moet ook deur die trustee by die meester ingedien word (a 4(2)).

Nie enige persoon is geregtig op insae in trustdokumente wat by die meester ingedien is nie. Behoudens die bepalings van artikel 5(2) van die Boedelwet 66 van 1965 met betrekking tot dokumente wat op die boedel van 'n oorledene betrekking het, moet die meester op skriftelike versoek en teen betaling van die voorgeskrewe gelde (tans R2,00 vir die eerste bladsy en 50c vir elke daaropvolgende bladsy van 'n dokument – reg 609/1989), slegs aan 'n trustee, sy borg of sy verteenwoordiger, of enige ander persoon wat volgens die meester se oordeel 'n genoegsame belang by 'n trustdokument het, 'n gesertifiseerde afskrif van daardie dokument verstrek.

2 2 3 Kennisgewing van adres

'n Trustee wie se aanstelling na 31 Maart 1989 van krag word, moet aan die meester 'n adres verstrek vir betekening aan hom van prosesstukke en kennisgewings. Hy moet binne veertien dae die meester skriftelik per geregistreerde pos van enige adresverandering in kennis stel (a 5).

2 2 4 Magtiging van trustee en sekerheidstelling

'n Trustee wat na 31 Maart 1989 aangestel word deur 'n trustdokument, die meester of 'n hofbevel, kan slegs as trustee optree indien hy skriftelik deur die meester daartoe gemagtig is (a 6(1)). Waar die trustee 'n regspersoon is, moet sodanige magtiging, behoudens die bepalings van die trustdokument, op die naam van 'n genomineerde van die regspersoon vir wie se optrede as trustee die regspersoon aanspreeklik is, gegee word (a 6(4)).

Die meester sal alleen magtiging om as 'n trustee op te tree, verleen as die trustee sekerheid gestel het vir die behoorlike en getroue verrigtinge van sy pligte as trustee, of van die stel van sekerheid vrygestel is. Waar die trustee nog moet sekerheid stel, kan die meester hom wel skriftelik magtig om spesifieke handelinge met betrekking tot die trustgoed te verrig (a 6(2)).

Die trustee kan deur die trustdokument, die meester of 'n hofbevel vrygestel word van die verpligting om sekerheid te stel (a 6(2)(b)). Die meester kan, ten spyte van 'n teenstrydige bepaling in die trustdokument, òf van sekerheidstelling afsien, òf dit vereis, òf die vereiste bedrag verminder of vermeerder (a 6(3)). (In hierdie verband sluit die begrip "trustdokument" nie 'n hofbevel in nie.)

'n Persoon wat in die buiteland aangestel word as trustee om trustgoed te administreer wat in Suid-Afrika geleë is, kan ook deur die meester kragtens artikel 6 gemagtig word om as trustee op te tree (a 8). Voor Wet 57 van 1988 kon die meester nie 'n buitelandse trustee sonder meer erken nie, en was 'n hofbevel in die verband nodig (vgl *Zinn v Westminster Bank Ltd* 1936 AD 89).

Indien 'n trustee van sy amp onthef word of bedank, moet hy die magtiging aan die meester terugbesorg (a 20(3)).

2 2 5 Rekenskap van administrasie van trustgoed

Die trustee moet op skriftelike versoek van die meester, tot die meester se tevredenheid en ooreenkomstig sy voorskrifte, rekenskap gee van sy administrasie van en beskikking oor die trustgoed. Die meester kan ook vereis dat die

trustee enige boek, rekening of dokument wat verband hou met sy administrasie, voorlê en dat hy vrae in dié verband eerlik en juis moet beantwoord (a 167(1)). ('n Trustee moet dokumente wat as bewys dien van sy administrasie van trustgoed vir ten minste vyf jaar na verstryking van die trust hou, tensy die meester toestemming verleen tot die vernietiging daarvan (a 17).) Indien die trustee versuim om aan die meester se versoek ingevolge artikel 16 te voldoen, kan die meester 'n hofbevel kry wat die trustee verplig om daaraan te voldoen (a 19).

Indien die meester dit nodig ag, kan hy 'n geskikte en bevoegde persoon aanstel om ondersoek in te stel na die trustee se administrasie van die trustgoed (a 16(2)). Die meester kan 'n bevel gee wat hy goeddink in verband met die koste verbonde aan so 'n ondersoek (a 16(3)). Ten einde die meester by te staan in sy toesighoudende funksie, vereis die wet ook van die ouditeur van 'n trust wat ontdek dat daar 'n wesenlike onreëlmatigheid in die administrasie van die trust is, om dit aan die trustee te rapporteer. Indien sodanige onreëlmatigheid nie binne een maand reggestel word nie, moet die ouditeur dit aan die meester rapporteer (a 15).

2 2 6 Toegang tot hof

Die meester het in sy kontrole oor die trustee nie 'n absolute diskresie nie. Die wet verleen toegang tot die hof vir enige persoon wat hom veronreg voel oor die optrede van die meester. Artikel 23 bepaal naamlik:

> "Iemand wat hom veronreg voel deur 'n magtiging, aanstelling of ontheffing van 'n trustee deur die Meester of deur enige beslissing, lasgewing of voorskrif van die Meester kragtens hierdie Wet gegee of uitgereik, kan by die hof aansoek doen om regshulp, en die hof het die bevoegdheid om die meriete van so 'n aangeleentheid te oorweeg, om getuienis aan te hoor en om 'n bevel te gee wat hy goeddunk."

2 3 Sorgsaamheid van trustee vereis

'n Trustee moet die sorgsaamheid, ywer en kundigheid wat redelikerwys van 'n persoon verwag kan word wat 'n *ander* se goed beheer, aan die dag lê by die nakoming van sy pligte en die uitoefening van sy bevoegdhede (a 9(1)). Daar word gevolglik 'n hoër standaard van die trustee vereis as wanneer hy sy eie sake sou hanteer (verslag van die regskommissie par 9 6 op 32). Die standaard word as 'n minimumstandaard gestel en die trustdokument kan steeds 'n hoër standaard vereis. 'n Bepaling in die trustdokument wat die trustee vrywaar van aanspreeklikheid vir troubreuk indien hy versuim om die minimumstandaard van sorg wat die wet vereis aan die dag te lê, is egter nietig (a 9(2)). Wunsh (1988 *De Rebus* 550) kritiseer die bepaling (vgl egter sy vroeëre standpunt in 1986 *SALJ* 561). Hy argumenteer onder meer dat die bepaling retrospektief is omdat dit ook trustees raak wat in die verlede aanstellings aanvaar het onder die indruk dat die vrystellingsklousules in trustdokumente geldig is. Die bepaling sal ook tot gevolg hê dat trustees meer vergoeding sal vereis. Die trustoprigter behoort volgens hom toegelaat te word om self te besluit of hy die trustee wil vrystel van aanspreeklikheid, in elk geval sover dit nalatigheid (uitgesluit growwe nalatigheid) aangaan.

2 4 Vergoeding van trustee

Die reg het voorheen nie uitdruklik voorsiening vir die vergoeding van 'n trustee gemaak nie, en dit moes daarom in die trustdokument gereël word. Wet 57 van 1988 bepaal nou dat die trustee geregtig is op "billike vergoeding" indien die trustdokument nie voorsiening vir vergoeding maak nie. Die meester sal in geval van 'n dispuut bepaal wat 'n billike vergoeding is (a 22).

2 5 Bedanking deur trustee

Gemeenregtelik kon die trustee slegs bedank het indien die trustdokument daarvoor voorsiening gemaak het, die hof verlof daartoe verleen het of al die begunstigdes daartoe ingestem het – wat net kon geskied het as hulle *sui iuris* was (*Ex Parte Moodley* 1968 4 SA 622 (D)). Wet 57 van 1988 maak dit nou moontlik vir 'n trustee om te bedank mits hy skriftelik kennis gee van sy bedanking aan die meester en die trustbevoordeeldes wat bepaal en regsbevoeg is, of aan die voogde of kurators van die trustbevoordeeldes onder voogdy of kuratele (a 21).

2 6 Insolvensie van trustee

Voor Wet 57 van 1988 was daar nie eenstemmigheid oor die vraag of trustgoed deel van die trustee se insolvente boedel vorm nie (vgl die standpunte van Joubert 1968 *THRHR* 262, 1975 *SALJ* 22; Swanepoel 1957 *THRHR* 249; Honoré *The South African law of trusts* (1985) 441; Corbett, Hahlo en Hofmeyr *The law of succession in South Africa* (1980) 435).

Artikel 12 Wet 57 van 1988 bepaal nou dat trustgoed nie deel van die trustee se insolvente boedel vorm nie, behalwe vir sover hy as trustbevoordeelde op die trustgoed geregtig is. Die regskommissie het aanvanklik in die wetsontwerp in sy werkstuk (Werkstuk 3 Projek 9, April 1983 Klousule 7(5)) voorgestel dat goed *wat geregistreer of geïdentifiseer is op 'n wyse wat dit as trustgoed herkenbaar maak*, nie vatbaar moet wees vir enige vordering wat iemand teen die trustee het nie, behalwe in sy hoedanigheid van trustee van daardie goed. Alhoewel die kommentaar op die werkstuk die bepaling ondersteun het, het die kommissie in sy verslag die mening uitgespreek dat die klousule so uitgelê kan word dat die bevoordeeldes, veral die bevoordeeldes by 'n bewindtrust, in 'n swakker posisie geplaas kan word as wat hulle voorheen geniet het (verslag van die regskommissie 44). Die standpunt is vir my nie baie duidelik nie, want by die bewindtrust is die trustee tog nie die eienaar van die trustgoed nie, en sal sy insolvensie daarom nie die beslaglegging van die trustgoed deur sy persoonlike skuldeisers tot gevolg kan hê nie. Hoe dit ook al sy, artikel 12 Wet 57 van 1988 is baie wyer geformuleer as die wetsontwerp se klousule, en solank daar bewys kan word dat goed trustgoed is, sal dit uitgesluit wees van die trustee se insolvente boedel, ongeag of die goed as trustgoed geïdentifiseer is of nie.

Wet 57 van 1988 poog wel om te verseker dat die persoonlike skuldeisers van die trustee nie benadeel sal word nie. Die wet vereis dat die trustee geld wat hy in sy hoedanigheid van trustee ontvang, in 'n aparte trustrekening moet stort (a 10), en dat trustgoed sover doenlik as trustgoed geïdentifiseer moet word (a 11(1). Artikel 11(1) bepaal:

> "Behoudens die bepalings van die Wet op Finansiële Instellings (Belegging van Fondse), 1984 (Wet No. 39 van 1984), artikel 40 van die Boedelwet, 1965 (Wet No. 66 van 1965), en die bepalings van die betrokke trustdokument, moet 'n trustee–

(a) in sy boekhouding die goed wat hy in sy hoedanigheid van trustee hou, duidelik aandui;
(b) trustgoed, waar toepaslik, op so 'n wyse registreer of geregistreer hou dat dit duidelik uit die registrasie blyk dat dit trustgoed is;
(c) enige rekening of belegging by 'n finansiële instelling as 'n trustrekening of trustbelegging herkenbaar maak;
(d) in die geval van trustgoed behalwe goed bedoel in paragrawe (b) en (c), sodanige goed so goed as wat moontlik is as trustgoed herkenbaar maak."

'n Trustee wat voor die inwerkingtreding van die wet aangestel was, het twaalf maande om aan artikel 11(1) te voldoen (a 11(2)).

Indien die trustee nie sy pligte ingevolge die wet nakom nie, kan 'n persoon wat 'n belang het by die trustgoed die hof nader om 'n bevel wat die trustee verplig om sy pligte na te kom (a 19), of om 'n bevel wat die trustee van sy amp onthef (20(1)). 'n Persoonlike skuldeiser van die trustee wat benadeel is as gevolg van die feit dat die trustee versuim het om goed onder sy beheer as trustgoed te identifiseer, sal net van hierdie twee remedies gebruik kan maak indien die hof meen dat hy 'n belang by die trustgoed het. Dit is in elk geval te betwyfel of die remedies van enige hulp sal wees vir 'n persoonlike skuldeiser van die trustee wat reeds tot sy nadeel een of ander transaksie met die trustee aangegaan het terwyl hy onder 'n wanindruk was ten aansien van die omvang van die trustee se persoonlike boedel. In hierdie verband sou 'n strafsanksie vir nie-nakoming van sy verpligtinge deur die trustee waarskynlik van groter waarde gewees het.

2 7 *Wysiging van trustbepalings deur hof of begunstigdes*

Die hof het gemeenregtelik nie 'n algemene bevoegdheid gehad om trustbepalings te wysig bloot omdat dit in belang van die trustbevoordeeldes sou wees nie (*Ex Parte Jewish Colonial Trust Ltd: In re Estate Nathan* 1967 4 SA 397 (N)). Die hof kon wel die bepalings wysig indien daar 'n verandering in omstandighede ingetree het wat die testateur nie voorsien het nie en wat tot gevolg gehad het dat uitvoering van die testateur se aanwysings prakties onmoontlik of uiters onredelik sou wees (*Ex Parte Sidelsky* 1983 4 SA 598 (C) 601).

Wet 57 van 1988 brei nou die bevoegdheid van die hof uit. Artikel 13 bepaal:

"Indien 'n trustdokument 'n bepaling bevat wat gevolge teweegbring wat die oprigter van die trust na die hof se oordeel nie beoog of voorsien het nie en wat–
(a) die bereiking van die oprigter se oogmerke belemmer; of
(b) die belange van bevoordeeldes benadeel; of
(c) in stryd met die openbare belang is,
kan die hof op aansoek van die trustee of enige persoon wat na die hof se oordeel voldoende belang by die trustgoed het, enige sodanige bepaling skrap of wysig of ten opsigte daarvan enige bevel gee wat daardie hof billik ag, met inbegrip van 'n bevel waarby bepaalde trustgoed deur bepaalde ander goed vervang word, of 'n bevel wat die trust beëindig."

Die artikel vereis nie dat die veranderde omstandighede moes ingetree het *na* die verlyding van die trustdokument, soos aanvanklik in die regskommissie se werkstuk (Werkstuk 3 Projek 9, klousule 8(1)) voorgestel is nie.

Gemeenregtelik kon *die bevoordeeldes* van 'n trust net 'n ooreenkoms aangaan waardeur anders oor die trustgoed beskik is as wat in die trustdokument bepaal was, indien almal bepaal en regsbevoeg was en onmiddellik op die kapitaal van die trust geregtig was. Wet 57 van 1988 magtig nou die voog of kurator van 'n

trustbevoordeelde onder voogdy of kuratele om namens die bevoordeelde toe te stem tot die wysiging van die bepalings van die trustdokument, mits die wysiging tot voordeel van die trustbevoordeeldes is (a 14).

'n Belangrike probleemarea wat deur die regskommissie geïdentifiseer is, is die beperkte beleggingsbevoegdhede wat soms in trustaktes aan trustees verleen word, en waarvan daar dan nie afgewyk kan word nie (verslag van die regskommissie 50 ev). Die kommissie se konsepwetsontwerp het dan ook spesifieke bepalings gehad wat met hierdie aangeleentheid gehandel het (klousules 14(2) en 15). Wet 57 van 1988 bevat nie die voorgestelde klousules nie, maar artikels 13 en 14 van die wet is sekerlik wyd genoeg om ook dié probleem op te los.

2 8 Vulling van vakature in amp van trustee

Waar daar 'n vakature in die amp van trustee ontstaan het en die trustdokument nie vir die vulling daarvan voorsiening gemaak het nie, was dit nodig om 'n aansoek na die hooggeregshof te bring vir die aanstelling van 'n trustee. Wet 57 van 1988 magtig nou die meester om 'n trustee aan te stel. Artikel 7(1) bepaal:

> "Indien die amp van trustee nie gevul kan word nie of vakant word, moet die Meester, by ontstentenis van enige voorsiening in die trustdokument, na oorlegpleging met soveel belanghebbendes as wat hy mag nodig ag, iemand as trustee aanstel."

Die artikel het ten doel om met die onnodige beslommernis van 'n hofaansoek weg te doen.

Wet 57 van 1988 magtig ook die meester om 'n bykomende trustee aan te stel, selfs al bestaan daar nie 'n vakature nie, indien hy dit wenslik ag (a 7(2)). Hierdie bepaling is bedoel vir gevalle waar daar wrywing tussen 'n trustee en die bevoordeeldes ontstaan, of waar die bevoordeeldes vertroue in die trustee verloor het, maar ontheffing van die trustee deur die hof nie geregverdig is nie (verslag van die regskommissie 29).

2 9 Ontheffing van trustee van sy amp

Gemeenregtelik kon 'n trustee van sy amp onthef word deur die hof of 'n persoon aan wie sodanige bevoegdheid in die trustdokument verleen was. Artikel 20(1) bepaal nou dat ook die meester die trustee kan onthef van sy amp op sekere objektiewe gronde:

> " 'n Trustee kan te eniger tyd deur die Meester van sy amp onthef word–
> (a) indien hy in die Republiek of elders skuldig bevind is aan 'n misdryf waarvan oneerlikheid 'n element is of aan 'n ander misdryf waarvoor hy tot gevangenisstraf sonder die keuse van 'n boete gevonnis is; of
> (b) indien hy versuim om binne twee maande nadat hy daartoe versoek is, of binne daardie verdere tydperk wat die Meester toelaat, tot tevredenheid van die Meester sekerheid of bykomende sekerheid, na gelang van die geval, te stel; of
> (c) indien sy boedel gesekwestreer of gelikwideer of onder geregtelike bestuur geplaas word; of
> (d) indien hy deur 'n bevoegde hof geestesongesteld verklaar is of onbevoeg verklaar is om sy eie sake te behartig of indien hy uit hoofde van die Wet op Geestesgesondheid, 1973 (Wet No. 18 van 1973), aangehou word as 'n pasiënt in 'n inrigting of as 'n Presidentspasiënt; of
> (e) indien hy versuim om 'n plig wat hom by of kragtens hierdie Wet opgelê is bevredigend te verrig of om aan 'n wettige versoek van die Meester te voldoen."

3 Slotopmerkings

Wet 57 van 1988 het seer sekerlik nog nie die laaste woord oor die trustreg gespreek nie. Daarvoor is daar nog te veel probleemareas wat nie in die wet gehanteer word nie (sien 1 hierbo), of waarvan die hantering nie heeltemal bevredigend is nie (vergelyk byvoorbeeld die opmerkings hierbo ten aansien van die insolvensie van die trustee en die aanspreeklikheid van trustees vir nalatigheid ten spyte van 'n teenstrydige bepaling in die trustdokument). Nietemin bring die wet wel sekerheid ten opsigte van baie ander probleemareas en daarom moet dit verwelkom word.

ANNELIESE ROOS
Universiteit van Suid-Afrika

PLEIT VAN SKULDIG: ARTIKEL 121 VAN DIE STRAFPROSESWET 51 VAN 1977

Inleiding

Hoofstuk 19 van die Strafproseswet 51 van 1977 (hierna die wet genoem), en meer spesifiek artikel 119, maak dit moontlik dat 'n beskuldigde in 'n hof, wat nooit die saak sal kan bereg nie, op die betrokke aanklag pleit. Die doel hiervan is om die prokureur-generaal in staat te stel om reeds op 'n vroeë stadium te weet wat 'n beskuldigde se verweer is en dit verhoed ook in 'n mate dat 'n beskuldigde die tyd gegun word om die saak te bepeins en sy weergawe aan te pas (sien Hiemstra *Suid-Afrikaanse strafproses* 4de uitg 291).

Indien só 'n beskuldigde skuldig pleit, tree die landdros ingevolge artikel 121 van die wet op en ondervra die beskuldigde ingevolge artikel 112(1)(b).

Prokureur-generaal se bevoegdhede

Indien die landdros oortuig is dat die beskuldigde die bewerings in die aanklag erken, staak hy die verrigtinge en stel die saak uit in afwagting van die prokureur-generaal se beslissing. (Die beskuldigde is nie geregtig om uitspraak op só 'n pleit te eis nie: *Attorney-General, Eastern Cape v Linda* 1988 1 PH H23 (OK) en die gesag daar aangehaal.)

Die prokureur-generaal kan dan een van die volgende besluite neem:

(a) Hy kan die beskuldigde vir *vonnis* laat teregstaan in enige hof wat regsbevoegdheid het, insluitende die landdroshof waarin hy ingevolge artikel 119 van die wet gepleit het.

(b) Hy kan die beskuldigde vir *summiere verhoor* laat teregstaan in enige hof wat regsbevoegdheid het, weer eens insluitende die landdroshof waarin hy gepleit het.

(c) Hy kan 'n voorlopige ondersoek teen die beskuldigde instel.

Landdros se verdere optrede en bevoegdhede

Die prokureur-generaal stel vervolgens die landdros in kennis van sy besluit en laasgenoemde, of 'n ander landdros van die betrokke landdroshof, stel op sy beurt die beskuldigde in kennis van die prokureur-generaal se besluit.

Die landdros se verdere optrede word dan gereël deur artikel 121(4) van die wet. Subartikel (4) bepaal dat, indien die prokureur-generaal se beslissing is dat die beskuldigde vir *vonnis* moet teregstaan:

(a) in die betrokke landdroshof, die landdros die saak moet afhandel op die aanklag waarop die beskuldigde teregstaan; of

(b) in 'n streekhof of hoër hof, die landdros die saak moet verdaag vir vonnis deur die betrokke hof.

Dit val duidelik op dat die wetgewer nagelaat het om voor te skryf wat die landdros moet doen as die prokureur-generaal se beslissing is dat die beskuldigde in die een of ander hof vir *summiere verhoor* tereg moet staan of dat 'n *voorlopige ondersoek* gehou moet word. Die wetgewer se versuim om in artikel 121 uitdruklik te bepaal wat die landdros te doen staan indien die prokureur-generaal se besluit is om 'n voorlopige ondersoek te laat hou, skep nie eintlik noemenswaardige probleme nie, want hoofstuk 20 van die wet bevat omvattende voorskrifte oor die hou van 'n voorlopige ondersoek en daar word ook uitdruklik verwys na gevalle waar die prokureur-generaal ingevolge artikel 121(3) besluit het op die hou van 'n voorlopige ondersoek.

Waar die prokureur-generaal se beslissing is dat die beskuldigde vir summiere verhoor tereg moet staan, is die wetgewer se versuim egter van meer belang, want daar moet in gedagte gehou word dat die landdros in hierdie gevalle sy bevoegdhede uitsluitlik aan die Strafproseswet ontleen en dan eintlik met 'n beskuldigde opgeskeep sit wat hy nie kan verhoor nie of 'n aanklag wat nie deur hom beregbaar is nie. In die praktyk gebeur dit egter gereeld dat die prokureur-generaal ingevolge artikel 121(3)(b) van die wet gelas dat 'n beskuldigde vir summiere verhoor moet teregstaan in 'n streekhof of hoër hof en dat landdroste dan sulke sake, net soos in die geval van artikel 121(4)(b), "verdaag" vir summiere verhoor in die ander hof. Feit is egter dat landdroste in sulke gevalle sonder statutêre magtiging optree.

Artikel 121: 'n agtergrond

Daar word ter oorweging gegee dat die wetgewer se versuim beter verstaan en verklaar kan word as daar gekyk word na die geskiedenis en ontwikkeling van artikel 121 van die wet. Artikel 121(3) het aanvanklik net daarvoor voorsiening gemaak dat die prokureur-generaal 'n beskuldigde vir vonnis kan laat teregstaan nadat hy op die aanklag skuldig gepleit het. Subartikel (3) is egter deur artikel 6 Wet 56 van 1979 vervang en sedertdien is dit wel vir die prokureur-generaal moontlik om só 'n beskuldigde vir summiere verhoor op enige aanklag te laat teregstaan.

Subartikel 5(a), wat bepaal dat die oorkonde van die verrigtinge in die landdroshof by bewys daarvan in die hof waarin die beskuldigde vir *vonnis* teregstaan, ontvang word as deel van die oorkonde van daardie hof, of, as die beskuldigde in die landdroshof teregstaan, deel bly van die oorkonde van die landdroshof, het egter ongewysig bly staan. Dié subartikel het dus van meet af nie voorsiening gemaak vir die bewys van die oorkonde in gevalle waar die

prokureur-generaal besluit om 'n beskuldigde vir summiere verhoor te laat teregstaan nie en is na die bogemelde wysiging van artikel 121(3) aanvanklik ongewysig gelaat. In *S v Tsankobeb* 1981 4 SA 614 (A) 627E–H het appèlregter Kotze geweier om dié eienskap (dit wil sê die gebrek aan voorsiening vir die bewys van die oorkonde by summiere verhore) van artikel 121(5)(a) te sien as 'n *casus omissus* en het hy sy houding en vertolking van die wetgewer se bedoeling soos volg gemotiveer:

> "Dit is, na my mening, onvanpas om die Wetgewer se versuim om voorsiening te maak dat, waar die Prokureur-generaal 'n beskuldigde vir verhoor laat teregstaan ingevolge artikel 121(3)(b) van die Wet, die oorkonde van die verrigtinge in die landdroshof ontvang word as deel van die oorkonde van die Verhoorhof aan te sien as 'n *casus omissus*. Wat die Wetgewer klaarblyklik wou verseker deur die gebiedende voorskrif vervat in artikel 121(5)(a) van die Wet is dat die Hof belas met strafoplegging al die tersaaklike omstandighede (insluitende die beskuldigde se pleit en sy eie toegewings) tot sy beskikking het ten einde 'n gepaste vonnis te kan bepaal. By verhoor is dit onnodig om 'n soortgelyke verpligting, by wyse van gebiedende voorskrif, op te lê. In so 'n geval besluit die verteenwoordiger van die Staat welke getuienis om voor te lê. Dit val binne sy diskresie of die oorkonde van verrigtinge in die landdroshof, indien dit toelaatbare getuienis teen die beskuldigde bevat, voor die Verhoorhof geplaas word of nie."

Daar word egter aan die hand gedoen dat appèlregter Kotze se vertolking van die wetgewer se bedoeling nie korrek is nie. In die eerste plek is dit onduidelik wat bedoel word met die stelling dat artikel 121(5)(a) 'n gebiedende voorskrif bevat. Afgesien van gevalle waar die beskuldigde vir vonnis teregstaan in die landdroshof waarin hy skuldig gepleit het (waar die pleitverrigtinge klaarblyklik outomaties deel sal bly van die oorkonde), vereis artikel 121(5)(a) darem nog altyd dat die oorkonde "bewys" moet word voordat dit deel sal word van die oorkonde van die hof waarin die beskuldigde vir vonnis teregstaan. Alhoewel dit logies is dat die vervolging die oorkonde normaalweg sal bewys sodat die vonnisverrigtinge 'n aanvang kan neem, kan die bewoording van artikel 121(5)(a) na my mening nie beskou word as 'n "gebiedende voorskrif" wat 'n verpligting op enige van die partye lê nie.

Die belangrikste bevestiging vir die argument dat appèlregter Kotze se vertolking van die wetgewer se bedoeling verkeerd was, is egter te vinde in die invoeging van subartikel (5)(aA) by artikel 17 Wet 59 van 1983. In laasgenoemde subartikel het die wetgewer, met 'n bewoording byna identies aan dié van subartikel (5)(a), bepaal dat die oorkonde van die verrigtinge in die landdroshof "by bewys daarvan" in die hof waarin die beskuldigde vir *verhoor* teregstaan, ontvang word as deel van die oorkonde van daardie hof. Hiermee het die wetgewer myns insiens toegegee dat daar, toe subartikel (3) gewysig is om aan die prokureur-generaal die mag te gee om 'n beskuldigde ook vir verhoor te laat teregstaan, nagelaat is om subartikel (5)(a) dienooreenkomstig te wysig om voorsiening te maak vir die bewys van die oorkonde ook in sulke gevalle.

Na my mening het die wetgewer, na die wysiging van subartikel (3) deur artikel 6 Wet 56 van 1979, eweneens bloot versuim om voorsiening te maak vir die landdros se verdere optrede waar die prokureur-generaal besluit om die beskuldigde vir verhoor te laat teregstaan.

Slotsom

Daar word aan die hand gedoen dat, alhoewel dit op die oog af na 'n kleinigheid mag lyk, dit noodsaaklik is dat die wetgewer subartikel (4) ook wysig om voorsiening te maak vir die landdros se verdere optrede waar die prokureur-generaal

se beslissing is dat die beskuldigde vir *verhoor* moet teregstaan. Daar moet, soos reeds hierbo genoem, in gedagte gehou word dat die landdros in hierdie gevalle besig is met 'n suiwer statutêre, en tot 'n groot hoogte kunsmatige, proses, waarin hy te doen het met 'n beskuldigde wat hy nie kan verhoor nie en 'n aanklag wat hy nie kan bereg nie. Dit is onaanvaarbaar dat landdroste in sulke omstandighede op eie inisiatief en sonder statutêre voorskrifte of magtiging moet optree.

CJ OLIVIER
Kantoor van die Prokureur-generaal,
Kimberley

SOME GENERAL REMARKS ON THE CONCEPT "BEST INTERESTS OF THE CHILD"

Most modern Western legal systems require that whenever a court takes a decision concerning a child's person, for example in custody disputes, care proceedings or adoption applications, the best interests of the child are to be used as the guiding or determining factor. There are certain characteristics and problems that are common to all instances in which the best interests of the child have to be applied. The biggest problem with the concept "best interests of the child" is that it is indeterminate.

What is best for a specific child or for children in general cannot be determined with any degree of certainty. For a determinate answer to the question of what would be in the child's best interests, (a) all the options must be known, (b) all the possible outcomes of each option must be known, (c) the probabilities of each outcome occurring must be known and (d) the value attached to each outcome must be known (Elster "Solomonic judgments: against the best interest of the child" 1987 *Univ of Chicago LR* 12).

As far as the first requirement is concerned, it should be borne in mind that not all options are available when the decision regarding the best interests of the child has to be taken. For example, when a decision regarding custody over a child has to be taken at the time of the divorce of the child's parents, the option of the child's remaining with both his parents in a common home is no longer available. The number of options available to the child is therefore limited.

Even if all options were known and available, the second requirement could not be fulfilled as it is impossible to know what the outcome of each option would be (Elster 12–13). Even if a considerable body of information was available on the specific child's background and present circumstances, it would be impossible to foretell the possible outcomes of all options because

> "present-day knowledge about human behaviour [including human reactions] provides no basis for the individualized prediction required by the best interests standard. There are numerous competing theories of human behaviour, based on radically different conceptions of the nature of man, and no consensus exists that anyone is correct. No theory is widely considered capable of generating reliable predictions about the psychological and behavioural consequences of alternative decisions for a particular child" (Coons and Mnookin "Toward a theory of children's rights" in Baxter and Eberts (eds) *The child and the courts* (1978) 395).

If all possible outcomes could be ascertained, it would still be impossible to assess accurately the probability of each outcome occurring and to attach values to these outcomes (see Elster 13–16). It is therefore clear that the best interests of the child cannot be determined with absolute certainty but rather rests largely on speculation. What is deemed to be in the child's best interests would depend on the prevailing theories and points of view of the particular community of which the child forms part (Bromley and Lowe *Bromley's family law* (1987) 317; Maidment *Child custody and divorce* (1984) 149).

Another problem as regards the concept of the "best interests of the child" is which factors should be taken into account to determine the best interests. Should the child's interests be sought primarily in his apparent happiness or his moral and/or religious welfare or material welfare or stability and security or intellectual stimulation, or something else? (Coons and Mnookin 395–396.) Or can his best interests only be found in a combination of all of the above and more? It is submitted that the latter is the correct view. It is widely accepted that there is no single factor that will always carry the most weight and that will infallibly indicate what is in the best interests of the child. It is also widely accepted that there is no fixed number of factors that should be taken into account in order to establish the child's best interests. Every factor that could possibly assist in establishing what is in the best interests of the child concerned needs to be considered. The only requirement that has to be met before a factor is taken into consideration, is that it must be relevant in the specific instance. Any factor is relevant that could, in the light of all the facts of the case, assist in reaching a decision on the best interests of the child. The factors that are relevant will differ from one case to another and from one type of application to another. For example, in a custody dispute between divorcing natural parents of a legitimate child the citizenship of the parents would not usually be a relevant factor, while the citizenship of the applicants for adoption would be relevant (see s 18(4)(f) of the Child Care Act 74 of 1983).

A further problem encountered when dealing with the concept "best interests of the child" is the question of whether the child's interests should be viewed from a short-term, medium-term or long-term perspective (Coons and Mnookin 395). In this regard one should also bear in mind the impossibility of accurately assessing the probability of each outcome of every option and attaching values to these outcomes. Should the most weight be attached to what will immediately, in the short term, benefit the child or to what will serve his interests only once he has reached adulthood? Or should attention only be paid to what that child as an adult, who looks back on his youth, would have chosen for himself? [The problem would be how to establish what the child would have chosen (see Elster 14–15). According to Eekelaar (1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 170 *et seq*) attention should be paid to what any reasonable adult who looks back on his youth would have chosen for himself. In his view every reasonable person would choose that, as a child, his basic, developmental and autonomy interests be protected. His basic interest is to be physically, emotionally and intellectually cared for. His developmental interest prescribes that he should be helped to develop to the best of his abilities and to his greatest advantage. His autonomy interest entails that he should be able to choose his own life style and social relationships. As the latter interest can often conflict with the first and/or second

interest, his autonomy interest should be subordinate to his basic and developmental interests.] For example, if a specific child's parents are "bad parents" who, although they do not abuse him, barely look after his needs, is it in the child's best interests in the short term to stay with his parents because he is, at present, happy with them? Or should more weight be attached to his medium-term interest to remain in the same surroundings and attend the same school for the next few years? Or should the child be removed from his parents because he would probably, in retrospect, as an adult, have chosen to be removed from them at that stage? It is submitted that a weighing of interests should take place. No child's best interests can, or should be, established with reference merely to the short or medium or long term. In the search for the child's best interests attention ought to be paid to the short-term, medium-term and long-term consequences a particular decision would have for the child. These consequences should all be taken into account to ensure that the decision is taken that, most probably, best serves the interests of the child in the specific case, always bearing in mind that limited options are available to the court.

The question also arises whether the best interests of the child should be approached from a subjective or an objective point of view. If it should be approached from a subjective point of view, then the child's subjective opinion on his best interests and his parents' and other interested parties' subjective opinions would be determinative. If the objective point of view of the community at large should be applied, then the problem exists that there is little *consensus* in the community on what will be in a child's best interests in a particular instance. As different people have different views on how children should be raised and educated and what would be in their best interests, it is very difficult to formulate any community norm from these divergent views. It is, in my opinion, undesirable to choose between the subjective and objective approach. As Fogerty J stated in the Australian case of *In the Marriage of Homan* 1976 FLC 90–024:

> "The test of the welfare of the child has to be determined having regard to contemporary social standards, that is, it cannot be a totally subjective test based upon the views or standards of the individual parent [or child or other interested party], but objective at least in the sense of falling within the wide range of existing social standards."

A combination of the subjective and objective approach can, and should, be applied. The subjective points of view of the child and all other interested parties need to be considered but consideration should also be given to what the community would regard as in the best interests of the child (in so far as it is possible to extract a community norm on the particular point). The opinion of the presiding officer who has to decide the action will also be relevant. It is he who must come to the final conclusion on the best interests of the child, and therein he will, to a lesser or greater extent, be influenced by his own opinion, background and prejudices. He may, however, never simply apply his own point of view. He should weigh all the different points of view on what would be in the child's best interests (seen from a subjective and an objective point of view) and must then come to a balanced and considered conclusion on what will most probably best serve the interests of the child.

A problem inherent in the concept "best interests of the child" is the potential for conflict. The best interests of the child can often conflict with the interests or the rights of the parents or the state or society. For example, in adoption

applications the interest of a parent who does not want to consent to the adoption, but wishes to retain his parental authority over the child, can often conflict with the interests of the child to have his parent's parental authority terminated and to be adopted.

An objection to the concept "best interests of the child" is that, by promoting the interests of a particular child in a particular case, one may actually work against the interests of children in general (Bromley and Lowe 316; Elster 21–26). For example, a decision that is in the best interests of each particular child whose custody is contested, might create parental incentives or disincentives or expectations detrimental to the interests of children in general (Elster 21). If, for example, custody of a number of young children is given to their mothers because the court in each case came to the conclusion that maternal custody would be in the best interests of the particular children, the expectation might easily be created that all mothers will get custody of their young children and that could act as a general disincentive for the mother to spend time with the child or to go to great trouble in caring for the child. It might also act as a disincentive for the father as he might believe that, whatever he does and however much he cares for it, the child's mother would in any event obtain custody of it. That parental incentives, disincentives or expectations could be created by court decisions reached on the basis of the concept of the best interests is true, but I do not think that these incentives, disincentives or expectations would be absent or of lesser importance if another criterion was used in decisions relating to a child's person. If, for example, a parental-rights criterion was used, this could also create expectations, incentives and disincentives. It might, for example, create the expectation that a parent would retain his parental authority over a child except in the most exceptional cases and that too could act as a disincentive for the parent to take proper care of his child.

It is obvious that it is impossible and undesirable to try to give a comprehensive definition of what should be understood under the concept "best interests of the child", because the concept cannot have a fixed meaning and content that are valid for all communities and all circumstances. Despite its indeterminacy, I do not think that the concept cannot, or should not, be used. The best interests of the child is not the only legal concept that is indeterminate. The *boni mores* is another indeterminate and unavoidably vague concept (Van der Merwe and Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 58) but is often employed by the courts; despite its indeterminacy it is not impossible to apply. Like the *boni-mores* criterion, the best interests of the child can be applied despite its indeterminacy.

The approach towards the best interests of the child should always remain flexible. The best interests of the child ought never to be exhaustively defined and should not be limited in its scope and content. It should be used as a tool to come to a decision in a particular case. It has also always to be borne in mind that no decision can, in fact, truly serve the *best* interests of the child. Any decision can merely be aimed at serving the interests of the child as well as possible under the specific circumstances, taking into account the different points of view and approaches towards the interests of children. The factors that are used in order to come to a conclusion on the interests of the child should not be regarded as fixed principles or rules according to which the best interests of the child are to be established, but merely as guide-lines and aids that enable

and help the court to come to some decision about which alternative would most probably serve the interests of the particular child better than any other alternative would.

J HEATON
University of South Africa

DIE EINDBESTEMMING VAN DIE DEKONKRETISERINGSPROSES IN DIE STRAFREG

1 Inleiding

Beskou 'n mens die strafreg in diachroniese verband, dit wil sê soos aangetref in primitiewe gemeenskappe in sy ontwikkelingsgang tot en met die hedendaagse strafreg, dan is die teenwoordigheid van (ten minste) vier vernuwingsprosesse duidelik sigbaar, naamlik die proses van humanisering, die proses van dereligiëring en deritualisering, die proses van individualisering en die proses van dekonkretisering (Labuschagne "Strafsinvolheid: opmerkinge oor die wese van strafregtelike aanspreeklikheid" in Joubert (red) *EM Hamman-gedenkbundel* (1984) 224–226). Hierdie prosesse vertoon 'n transkulturele patroonmatigheid, dit wil sê dit kom, hoewel met wisselende aksente en tempo's, in alle gemeenskappe voor. In hul diepste wese is dié prosesse derhalwe mensevolusionêre natuurprosesse. Die mens kan hierdie prosesse (selfs aansienlik) vertraag, maar nooit uitskakel nie, tensy hy homself vernietig. In hierdie aantekening word 'n antwoord op die vraag na die eindbestemming van een van die prosesse, naamlik die dekonkretiseringsproses, gebied.

2 Die effek van die dekonkretiseringsproses

In die mees primitiewe gemeenskappe was 'n persoon "strafbaar" bloot vir 'n handeling wat 'n sekere gevolg veroorsaak het, ongeag of die handeling gewil is en ongeag die omstandighede waaronder die handeling verrig is (sien Radcliffe-Brown *Structure and function in primitive society* (1963) 215; Binavince "The foundation of criminal liability" 1964 *Fordham LR* 4; Plunckett *Edward 1 and criminal law* (1960) 61). Die grondslag van strafregtelike aanspreeklikheid was in konkreet-fisiese uiterlikhede geleë. Die onsigbare geestesprosesse van die mens wat agter die handeling(e) afgespeel het, is nie begryp nie en gevolglik nie in berekening gebring nie. Die belangrikste vernuwingsmomente in die dekonkretiseringsproses vanaf genoemde primitiewe grondslag van strafregtelike aanspreeklikheid tot die hede, is die volgende:

(a) Hedendaagse regverdigingsgronde, soos noodweer en noodtoestand, is mettertyd as verwere erken (Binavince 5).

(b) Geesteskrankheid van die dader het met verloop van tyd strafregtelike aanspreeklikheid uitgeskakel en die gesindheid waarmee 'n handeling verrig is, het op die voorgrond begin tree (Vinavince 4–7; Elias *The nature of African customary law* (1956) 159).

(c) Vertakkingsmisdade, soos poging, uitlokking en sameswering, het ook strafbaar geword, nieteenstaande die feit dat dit as sodanig tot geen konkreet-fisiese nadeel aanleiding gegee het nie (Binavince 9; Glazebrook "Should we have a law of attempted crime?" 1969 *LQR* 29; Labuschagne 214).

(d) Lates, waar derhalwe geen konkreet-fisiese handeling bestaan nie, het ook met verloop van tyd strafregtelike aanspreeklikheid gefundeer (Binavince 11; Labuschagne 214). Dit veronderstel reeds 'n aansienlike mate van abstrakte denke.

3 Vestings wat nog moet val

Seker een van die belangrikste fases in die dekonkretiseringsproses wat nog betree moet word, is dié van uitskakeling van voltooiingsaanspreeklikheid (sien Smith "The element of chance in criminal liability" 1971 *Crim LR* 63; Labuschagne "Die uitskakeling van toeval by strafregtelike aanspreeklikheid" 1985 *De Jure* 158). Hiervolgens sou strafregtelike aanspreeklikheid slegs bestaan in die verrigting van 'n sekere handeling (of late) met 'n sekere opset. Die vraag of die betrokke handeling voltooi is en of die gevolg ingetree het, verkry in gepaste omstandighede slegs by straftoemeting betekenis (sien Labuschagne "Ondeugdelike poging: opmerkinge oor strafsinvolheid" 1980 *De Jure* 119; "Gevolgsaanspreeklikheid, regsgevoel en strafsinvolheid" 1982 *THRHR* 201).

Die bestraffing van nalatigheid is 'n verdere verskynsel van die huidige strafreg wat die dekonkretiseringsproses nog moet uitskakel (sien Urowsky "Negligence and the general problem of criminal responsibility" 1972 *Yale LJ* 949; Labuschagne "Dekriminalisasie van nalatigheid" 1985 *SASK* 213). Deur bestraffing van nalatigheid, veral in die lig van die redelike man-toets, word faktore wat buite die dader se gees bestaan by strafregtelike aanspreeklikheid in berekening gebring (sien Hall "Negligent behaviour should be excluded from penal liability" 1963 *Col LR* 632; Peters *Opzet en schuld in het strafrecht* (1969) 11).

4 Die eindbestemming?

Die weg wat die dekonkretiseringsproses volg, is vanaf die daderuiterlike na die daderinnerlike, dit wil sê die weg na die dader se gees. Namate die sielkunde, die psigiatrie en verwante dissiplines die menslike gees op al sy vlakke en in al sy dimensies dieper ontgin, sal die strafreg onvermydelik by genoemde kennis *moet* aanpas. Daardeur sal ook groter begrip by die gemeenskap vir die onsigbare prosesse agter die dader se optrede bewerkstellig word en sal die "behoefte" aan bestraffing afneem. Die huidige strafreg is gebaseer op die veronderstelling dat die mens 'n vrye wil het, dit wil sê deur sy rede gelei word. Die sosiologiese en psigologiese patroonmatighede wat by misdadigers aangetref word, weerlê egter dié uitgangspunt. Die menslike rede is maar een van die faktore wat 'n rol by misdaadpleging kan speel. Dit speel in die meeste gevalle 'n ondergeskikte of geen rol nie. Die blote bestaan van die dissipline "Kriminologie" bevestig dié bewering. Sosiogenetiese (en soms ook biogenetiese) en intrapsigiese faktore speel (meestal) 'n deurslaggewende rol by die vraag of 'n persoon 'n misdaad pleeg of nie (sien bv Thornstedt "The principle of legality and teleological construction of statutes in criminal law" 1960 *Scandinavian studies in law* 216). Die dekonkretiseringsproses se eindbestemming is, so wil dit voorkom, die

blootlegging van genoemde twyfelagtige hipotese waarop die strafreg gebou is. Die eindbestemming van die dekonkretiseringsproses is derhalwe die disintegrasie van die (tradisionele) strafreg. Die geskiedenis bevestig dié konklusie.

JMT LABUSCHAGNE
Universiteit van Pretoria

DIE REG OP DIE VERDIENVERMOË EN DIE REG OP DIE KORREKTE INLIGTING AS SELFSTANDIGE SUBJEKTIEWE REGTE

Uiteenlopende reaksies het gevolg op die voorstel dat, omdat dinge soos die verdienvermoë en kredietwaardigheid nòg suiwer persoonlikheidsgoed nòg suiwer immateriële goed is maar eienskappe of elemente van albei tipes regsgoedere bevat, 'n mens hier met 'n nuwe kategorie subjektiewe regte te make het wat as *persoonlike immaterieelgoedereregte* beskryf sou kon word. Persoonlike immateriële goedere is dan daardie immateriële vermoënsgoed wat aan die persoonlikheid verbonde is (sien Neethling "Persoonlike immaterieelgoedereregte: 'n nuwe kategorie subjektiewe regte?" 1987 *THRHR* 316–320; Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1989) 41–42 veral vn 70; Neethling en Le Roux "Positiefregtelike erkenning van die reg op die verdienvermoë of 'the right to exercise a chosen calling' " 1987 *Industrial LJ* 723–727). Die reaksies het gewissel van totale afkeuring tot voorlopige en versigtige aanvaarding tot algehele goedkeuring. In hierdie stadium is dit miskien gepas om die verskillende reaksies onder die loep te neem.

(1) Van der Merwe en Olivier (*Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 186–187 vn 28) staan afkeurend teenoor die gedagte dat dinge soos verdienvermoë en kredietwaardigheid eiesoortige, selfstandige regsgoedere is. Hulle redeneer soos volg:

> "Met verwysing na dinge soos verdienvermoë en kredietwaardigheid meen J. Neethling, THRHR, 1987, bl 316 ev, 'n vyfde kategorie subjektiewe regte, tw persoonlike immaterieelgoedereregte, te bespeur. Die vraag ontstaan egter dadelik of vermindering van verdienvermoë of aftakeling van kredietwaardigheid nie eerder as benamings vir skadeposte, gevolge dus van regskrenking, hetsy van 'n persoonlikheidsreg (bv fisiese besering), hetsy van 'n saaklike reg (bv vernietiging van 'n advokaat se boekery), hetsy van 'n immaterieelgoedereregte (bv ongemagtigde gebruikmaking van 'n ander se patent), hetsy van 'n vorderingsreg (bv kontrakbreuk), beskou moet word nie. Trouens, Neethling, tap, toon self aan dat dit by verlies van verdienvermoë of inwerking op kredietwaardigheid 'veelal' (bl 318), 'dikwels' (bl 323) om die gevolg van regskrenking gaan. Omdat die gevolge van regskrenking skade of persoonlikheidsnadeel is en nie regskrenking nie, lyk sy sistematiek ietwat verdag. Is dit werklik nodig om met dubbele ('deurlopende'? – bl 323) onregmatigheid in die onderhawige gevalle te werk? Indien, aan die ander kant, argumentsonthalwe aanvaar word dat verdienvermoë en kredietwaardigheid tog as regsgoedere aangemerk moet word, oortuig Neethling se betoog dat geen persoonlikheidsgoedere voorhande is nie, nie heeltemal nie. Die feit dat 'n persoon met sy verdienvermoë en kredietwaardigheid, soos Neethling, bl 319, sê, kan 'handel dryf', toon nie aan dat met boedelbestanddele ipv met persoonlikheidsgoedere te doen gekry word nie. Kan 'n vrou byvoorbeeld nie met haar liggaam 'handel dryf' nie? Hier hoef 'n mens nie noodwendig net aan die sogenaamde oudste professie te dink nie – 'n blik op die voorblad van enige populêre tydskrif mag help om die vraag te beantwoord. Is die liggaam van

> die vrou dáárom nie meer persoonlikheidsgoed nie, maar boedelbestanddeel? Of is hier dalk 'n sesde kategorie subjektiewe regte, tw persoonlike materieelgoedereregte, aanwesig? Die betoog (bl 318) dat op verdienvermoë en kredietwaardigheid ingewerk kan word sonder dat daar hoegenaamd van 'n voorafgaande persoonlikheidskrenking sprake is, bewys enersyds nie dat hier met selfstandige regsgoedere te doen gekry word nie, temeer daar die skending van 'n ander soort subjektiewe reg, soos reeds vermeld, tot die onderhawige skadeposte kan lei. Word egter andersyds weer uitgegaan van die standpunt dat verdienvermoë en kredietwaardigheid persoonlikheidsgoedere is, vertoon die argument (bl 318) dat vermelde uitgangspunt foutief is omdat 'n voorafgaande persoonlikheidskrenking ontbreek, die kenmerk van 'n *petitio principii*."

Van der Merwe en Olivier se eerste argument, naamlik dat die inwerking op byvoorbeeld die verdienvermoë eerder 'n *skadepos* (as 'n selfstandige regsgoedkrenking) is omdat dit *die gevolg van 'n ander regskrenking* is, en dat dit daarom onnodig is om met deurlopende (dubbele) onregmatigheid te werk, veronderstel dat 'n inwerking op die verdienvermoë sonder 'n voorafgaande regskrenking onbestaanbaar is. Alhoewel nou toegegee word dat 'n inwerking op die verdienvermoë *veelal* of *dikwels* die gevolg van 'n ander regskrenking is (soos ek reeds aangedui het), is dit baie beslis nie *altyd* die geval nie. Feit is dat ook *direk* op die verdienvermoë (of dan wel die reg daarop) ingewerk kan word. Die beslissing in *Hawker v Life Offices Association of SA* 1987 3 SA 777 (K) bied trouens 'n baie goeie voorbeeld van sodanige inwerking (dit wil sê onafhanklik van 'n voorafgaande regskrenking) (sien 1987 *THRHR* 320–322). In hierdie saak is die applikant, 'n versekeringsagent, deur sy werkgewer weens wangedrag op 'n swartlys van sy professie geplaas. Ingevolge hiervan sou hy vir 'n periode van tot 20 jaar van indiensneming in die versekeringsindustrie uitgesluit kon word. Die applikant vra 'n interdik aan ten einde sy vorige werkgewer te gebied om sy naam van die swartlys te verwyder. Die hof staan die interdik toe op grond daarvan dat die gewraakte optrede die applikant se "subjective right to exercise his chosen calling" – wat noukeurig beskou (sien 1987 *THRHR* 320), niks anders as sy reg op die verdienvermoë is nie – gekrenk het. Die applikant was naamlik verhinder om sy reg op die verdienvermoë uit te oefen; sodoende is sy gebruiks- en genotsbevoegdhede ten aansien van sy verdienvermoë as regsobjek feitelik versteur en was daar 'n *prima facie* krenking van sy reg voorhande (vgl Neethling, Potgieter en Visser 43–44). Keer 'n mens nou terug na Van der Merwe en Olivier se beskouing dat 'n inwerking op die verdienvermoë nie 'n selfstandige regsgoedkrenking daarstel nie maar altyd slegs die *gevolg* van die krenking van 'n ander subjektiewe reg is, dan spreek dit in die lig van die *Hawker*-saak *supra* (waar daar, benewens die reg op die verdienvermoë, van 'n ander subjektiewe reg hoegenaamd nie sprake was nie – 'n feit wat deur Van der Merwe en Olivier misken word) eintlik vanself dat hulle beskouing nie met die feitelike werklikheid strook nie en daarom onaanvaarbaar is. Hierbenewens doen die feit dat daar dikwels met deurlopende of dubbele onregmatigheid gewerk word, ook nie afbreuk aan die selfstandige aard van die verdienvermoë as regsgoed nie. Vergelyk 'n mens die verdienvermoë in hierdie opsig met byvoorbeeld die werfkrag van 'n onderneming – 'n regsgoed wat heelwat ooreenkomste met die verdienvermoë toon (sien Neethling en Le Roux 1987 *Industrial LJ* 729–730) – dan blyk dit dat in die geval van die vasstelling van die onregmatigheid van 'n werfkragskending dikwels ook met deurlopende onregmatigheid gewerk word (sien bv Van Heerden en Neethling *Onregmatige mededinging* (1983) 134 142–143 203) sonder dat die selfstandige bestaan van die werfkrag as regsobjek bevraagteken word.

Van der Merwe en Olivier betoog verder dat die feit dat 'n mens met byvoorbeeld die verdienvermoë kan "handel dryf", nie daarop dui dat hierdie regsgoed daarom nie 'n persoonlikheidsgoed is nie aangesien 'n vrou dieselfde met byvoorbeeld haar liggaam, wat onteenseglik persoonlikheidsgoed is, kan doen. Hierdie betoog gaan egter nie op nie. Op die keper beskou, dryf die vrou tog nie werklik met haar liggaam handel nie, maar (in die geval van prostitusie) met die vermoë van haar liggaam om seksuele omgang te hê of (in die geval van die voorbladfoto's) om 'n aanloklike beeld uit te straal. So gesien, is dit in albei gevalle die verdienvermoë van die vrou wat voorop staan en nie haar liggaam as sodanig nie. Mens het trouens, wat die voorbladfoto's betref, in gevalle waar die vrou se liggaamsbeeld 'n ekonomiese reklamewaarde het (soos by bekende aktrises of sportvroue), met 'n selfstandige immaterieelgoedereregs op die reklamebeeld te make (sien hieroor Mostert *Grondslae van die reg op die reklamebeeld* (LLD-proefskrif RAU 1985); Mostert "The right to the advertising image" 1982 *SALJ* 413; Neethling *Persoonlikheidsreg* (1985) 48 vn 16; Van Heerden en Neethling 78 vn 63). Die slotsom is dat die liggaam persoonlikheidsgoed bly (en dus nie omtower kan word tot 'n *persoonlike materiële goed* soos Van der Merwe en Olivier dit wil hê nie) maar dat die verdienvermoë of reklamewaarde daarvan selfstandige vermoënsgoedere daar kan stel waarmee wel "handel gedryf" kan word.

Ten slotte is Van der Merwe en Olivier klaarblyklik nie oortuig daarvan dat, indien die verdienvermoë en kredietwaardigheid wel selfstandige regsgoedere is, hulle nie persoonlikheidsgoedere is nie. Ongelukkig voer hulle geen redes aan waarom hierdie dinge selfstandige persoonlikheidsgoedere kan wees nie en verswyg of ignoreer hulle die argumente dat byvoorbeeld die verdienvermoë hoogstens 'n manifestasie of uitdrukking van die agterliggende persoonlikheid is, wat nie al die eienskappe van 'n persoonlikheidsgoed vertoon nie (omdat dit nie noodwendig met die geboorte van die mens ontstaan en eers met sy dood tot niet gaan nie) en wat as 'n skepping van die mens op ekonomiese gebied beskou kan word (sien weer my bespreking in 1987 *THRHR* 318–320).

(2) CFC van der Walt sê in sy resensie van Neethling, Potgieter en Visser se *Deliktereg* die volgende (sien *infra* 141–142):

> "Die skrywers se uiteensetting van hulle standpunt oor die regsaard van die verdienvermoë kan, indien dit verder uitgewerk sou word, meehelp om nuwe insigte oor hierdie belangrike kwessie te laat posvat. Hulle lê veral klem op die feit dat die mens sake kan gebruik om sy lewenstog te verdien, en meen dat sodanige sake dan eintlik meer as blote objekte van saaklike regte word. Tegelykertyd onderbeklemtoon hulle egter die feit dat dit veral sekere persoonlikheids*aspekte* (dit is nie dieselfde as persoonlikheids*goed* nie – sien 42 vn 70, waar laasgenoemde begrip verkeerdelik aan Van der Walt toegedig word, net om die opgestelde strooipop dan weer om te skop) is wat aan iemand 'n sekere verdienvermoë gee. Juis omdat iemand 'n sekere opleiding, vaardigheid, gawes en geleenthede, temperament, ensovoorts het, het hy naamlik die vermoë om byvoorbeeld 'n regsboekery of 'n rekenaar te gebruik om iets mee te verdien. Sonder die nodige middele sou sodanige gawes egter ook nie op dieselfde manier gebruik kon word nie. Om die verband tussen die nodige persoonlikheidsaspekte of -kenmerke en die fisiese middele wat in die verwerwing van inkomste gebruik word, te onderbeklemtoon, neem die saak dus nie verder nie. Die benaming 'persoonlike immateriële goed' om die verdienvermoë en kredietwaardigheid mee aan te dui, kan tot die verdere ontwikkeling bydra, maar moet dan nie as 'n verleentheidsoplossing gebruik word nie."

Ten aanvang is Van der Walt oënskynlik nie gekant teen die gedagte van 'n eiesoortige regsgoed waarvan die regsaard elemente van sowel persoonlikheids- as immateriële goed vertoon nie. Waarom die benaming "persoonlike immateriële goed" dan as 'n "verleentheidsoplossing" gesien word, is moeilik om

te begryp. Selfs al sou die skrywers die persoonlikheidselemente onderbeklemtoon het, verander dit tog geen jota of tittel aan die dualistiese regsaard van byvoorbeeld die verdienvermoë nie.

Van der Walt gebruik die begrip persoonlikheids*aspekte* hier in die sin van persoonlikheids*kenmerke* of *-eienskappe* wat 'n persoon se verdienvermoë medebepaal. Persoonlikheids*aspek* is, so gesien, volgens hom nie dieselfde as persoonlikheids*goed* nie en daarom het die skrywers hom te na gekom. In sy werk *Die Sommeskadeleer en die "once and for all" -reël* (LLD-proefskrif Unisa 1977) 289 waarna die skrywers verwys, gebruik Van der Walt die begrip persoonlikheids*aspek* egter nie in vermelde sin nie, maar as sinoniem vir die verdienvermoë as – soos dit vir my lyk – persoonlikheids*goed* (wat dan deur hoogs persoonlike feite – kenmerke of eienskappe – bepaal word). Hy verklaar naamlik:

> " 'n Mens se verdienvermoë word bepaal deur hoogs persoonlike feite soos intelligensie, kundigheid en opleiding, ondernemingsgees, geaardheid, gesondheid, ensovoorts. Die verdienvermoë moet gevolglik na my mening as 'n persoonlikheidsaspek van die mens beskou word."

So beskou, het die skrywers beslis nie net 'n "strooipop" opgestel nie.

(3) Reinecke ("Nabetragtinge oor die skadeleer en voordeeltoerekening" 1988 *De Jure* 235) het klaarblyklik geen probleme met die erkenning van persoonlike immateriële goedere as eiesoortige regsobjekte nie en laat hom soos volg uit:

> "Neethling doen aan die hand dat 'n nuwe kategorie subjektiewe reg ontwikkel het, te wete persoonlike immatereieelgoedereregte, wat 'n indiwidu se verdienvermoë en kredietwaardigheid as objek het. Hierdie siening sou onder meer 'n netjiese verklaring bied waarom 'n inbreuk op 'n persoon se verdienvermoë skade teweegbring. Dit lyk na die beste oplossing."

(4) Ook Van der Vyver ("The doctrine of private law rights" in Strauss (red) *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (1988) 232–233) steun die gedagte van 'n nuwe kategorie subjektiewe regte en stel selfs 'n verdere uitbreiding van die regsgoedere voor wat hier te pas kan kom:

> "This list of legal objects and corresponding rights should not be seen as a *numerus clausus*. Johann Neethling, in fact, made out a good case for the recognition of a fifth category of legal objects, which he suggested might be called *personal immaterial property* and which would then include a person's earning power and creditworthiness; and in order once and for all to settle the nature of the right whose infringement goes to make up the requirement of wrongfulness in cases of negligent misrepresentation, one might also include under the same label the general state of one's financial assets and effects."

Van der Vyver is dus van mening dat die subjektiewe reg wat by (nalatige) wanvoorstelling betrokke is, die reg op "the general state of one's financial assets and effects" is. Of die staat of toestand van 'n persoon se vermoë in die algemeen (bates en eiendom) egter as selfstandige, afgebakende regsobjek kan dien, is myns insiens te betwyfel. Vir Pauw ("Weer eens nalatige wanvoorstelling" 1978 *THRHR* 53 ev) is die rede waarom 'n subjektiewe reg by wanvoorstelling ontbreek, juis die feit dat die belang wat aangetas word, deel van die vermoë in die algemeen is. Sodanige belang beskik dus nie – soos vir 'n regsobjek vereis word – oor so 'n mate van bepaaldheid, omlyndheid en selfstandigheid dat beskikking daaroor en genot daarvan moontlik is nie (vgl Neethling, Potgieter en Visser 42–43; Van Heerden en Neethling 34).

Daar word tentatief aan die hand gedoen dat die subjektiewe reg wat deur 'n wanvoorstelling aangetas word, niks anders is nie as – om die knoop deur te hak – 'n *persoonlike of vorderingsreg* wat, net soos byvoorbeeld die gemeenreg-

telike reg op onderhoud, *ex lege* (deur regswerking en nie kontrak nie) ontstaan, te wete die *reg op die korrekte inligting* (oftewel die reg om nie mislei te word nie). Die objek van hierdie reg is dus 'n *prestasie of menslike handeling*, naamlik die *verskaffing van korrekte inligting* (vgl Neethling, Potgieter en Visser 41 oor prestasies). Hierdie reg word natuurlik nie absoluut beskerm nie (dit wil sê 'n mens het nie in alle omstandighede en teenoor alle mense 'n reg op die korrekte inligting nie), maar slegs teen feitelike inwerkings (dit wil sê waar verkeerde of misleidende inligting verstrek word) wat ook volgens die algemene onregmatigheidsmaatstaf *contra bonos mores* is; en dit is die geval indien daar volgens die *boni mores* 'n regsplig (as teenkant van die persoonlike reg) op die dader gerus het om die korrekte inligting te verstrek (sien Neethling, Potgieter en Visser 248–250 oor die riglyne aangaande die bestaan van sodanige regsplig wat reeds uit die regspraak of andersins afgelei kan word; of, anders gestel, die omstandighede waarin 'n reg op die korrekte inligting wel erken en beskerm word).

Samevatting: Mens kan tot die slotsom kom dat nieteenstaande vermelde kritiek, die eiesoortige aard van byvoorbeeld die verdienvermoë as persoonlike immateriële goed in die feitelike werklikheid vasstaan en daarom nie ontken behoort te word nie. Daar word trouens algemeen aanvaar dat regsreëls wat nie op die feitelike werklikheid gegrond is nie noodwendig tot inkonsekwensies en onbillikhede lei (Neethling, Potgieter en Visser 42 vn 74). Daarom word aan die hand gedoen dat die regspraak die erkenning van hierdie nuwe kategorie subjektiewe regte, soos die beslissing in die rigtinggewende *Hawker*-saak *supra*, bevestig.

J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

LC STEYN-GEDENKBUNDEL

'n Aantal eksemplare van hierdie verdienstelike bundel is nog beskikbaar en kan bestel word teen R10,00 per eksemplaar van:

Prof DJ Joubert
Sekretaris
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

VONNISSE

VEREISTES VIR EIENDOMSVERKRYGING BY WYSE VAN *ACCESSIO* (*INAEDIFICATIO*) VAN ROERENDE SAKE BY ONROERENDE SAKE

Sumatie v Venter en Hessels 1988–03–21 saak no 21186/86 (T) (ongerapporteer)

1 Feite*

Ene Burger (hierna B) – destyds direkteur van die eiser Sumatie (hierna S) – het in 1979 'n mondelinge huurkontrak met S ten aansien van 'n gedeelte van sy plaas Malelane 389 gesluit met die doel om 'n koejawelsapfabriek op te rig. B kon nie enige afdoende getuienis oor die inhoud van dié huurkontrak gee nie. S het 'n aantal verbeterings – waaronder twee staalstrukture (die "laaistoor" (1979) en die "pakstoor" (1981) waarvan die vervangende oprigtingskoste R200 000 en die koste van die vloere waarop die strukture gebou is, R15 000–R46 000 beloop) – op die plaas aangebring. S het geen huurgeld aan B betaal nie.

Daarna, op 1 September 1989, is S se aandeelhouding (met insluiting van onder andere die twee store – gewaardeer teen R60 000) aan die Suid-Afrikaanse Droëvrugte Koöperasie verkoop. S het op dieselfde dag 'n skriftelike huurkontrak (hierna kontrak II) met B gesluit. Klousule 6 het soos volg bepaal:

> "Die HUURDER kan op eie koste enige struktuur of bouwerk van watter aard ook al oprig wat vir beoefening van sy bedrywighede tot nut is met die voorafverkreë skriftelike toestemming van die VERHUURDER. Verwydering geskied op koste van HUURDER wat ook aanspreeklik is vir enige koste verbonde aan die herstel van skade wat deur die verwydering aan die EIENDOM veroorsaak word. Indien sodanige bouwerk of struktuur nie verwyder word nie, word dit die eiendom van VERHUURDER wat die HUURDER daarvoor moet vergoed met die oprigtingskosprys van die geboue of strukture as basis van vergoeding. Hierdie klousule en vergoedingsbasis sal ook van toepassing wees op bestaande strukture en geboue soos in Bylae 'A' vervat."

Die "bestaande strukture en geboue" sluit onder andere die twee staalstrukture in.

Op 29 September verkoop B sy plaas (met "alle verbeterings daarop") aan Olivier (hierna O). Volgens klousule 15 van dié ooreenkoms het B al sy regte kragtens kontrak II aan O gesedeer. Op 4 Junie 1981 sluit O en S 'n skriftelike

---

* Aangesien die uitspraak nog nie gepubliseer is nie, is dit vir die analise daarvan noodsaaklik om 'n ietwat vollediger as die gebruiklike uiteensetting van die feite en die uitspraak te gee.

huurkontrak (hierna kontrak III) met betrekking tot dié gedeelte van die plaas wat voorheen deur B aan S verhuur was (maar met uitsluiting van die permanente verbeterings wat aan S behoort – volgens die kaart behels dit ook die twee staalstrukture). Klousule 6 van kontrak III is ongeveer gelykluidend aan klousule 6 van kontrak II tussen B en S:

> "Die HUURDER kan op eie koste enige struktuur of bouwerk van watter aard ook al oprig wat vir die beoefening van sy bedrywighede tot nut is met die voorafverkreë skriftelike toestemming van die VERHUURDER welke toestemming nie onredelik weerhou sal word nie. By die beëindiging van hierdie ooreenkoms sal die HUURDER geregtig wees om die bestaande strukture of bouwerke (uitgeslote die geboue of strukture wat die eiendom van die verhuurder is soos omskryf in paragraaf 1 van hierdie kontrak) te verwyder en sal aanspreeklik wees vir die koste verbonde aan die herstel van skade wat deur die verwydering aan die eiendom veroorsaak word. Indien sodanige bouwerke of strukture nie verwyder word nie, word dit die eiendom van die VERHUURDER wat die HUURDER daarvoor sal vergoed in 'n bedrag gelykstaande aan die oprigtingskoste daarvan."

In 1986 is Olivier gesekwestreer en Venter en Hessels (hierna VH) is as kuratore aangestel. S het sy koejawelsapbedrywighede gestaak.

S baseer sy eis vir die twee staalstrukture op sy beweerde eiendomsreg en vra die volgende regshulp:

(a) die lewering van die staalstrukture, of, as alternatief,
(b) die verlening van 'n magtigende bevel om die perseel te betree en die strukture te verwyder.

Die tersaaklike remedie is die *rei vindicatio.*

VH werp die verweer op dat eiendomsreg in die insolvente bedoel setel aangesien die strukture deur *accessio* onroerend geword het en sodoende deel van die plaas vorm.

Tydens die verhoor het die oprigter van die strukture getuig dat hy nooit opdrag ontvang het dat die strukture op so 'n wyse opgerig moes word dat dit maklik verwyder kan word nie – sou dit die geval wees, sou hy van 'n ander aanhegtingsmetode gebruik gemaak het (4–5). Daarenteen het B (destyds eienaar van die plaas) getuig dat dit die bedoeling was dat die strukture later na 'n nywerheidsperseel verskuif moes word (4–5). Ten aansien van die verwyderbaarheid van die staalstrukture was die twee deskundige getuies dit eens dat die staalbekleding, latte, kappe en kolomme verwyder sou kon word – met die gepaardgaande opkap van die vloer. Daar was egter verskil van mening oor die vraag of dit standaardpraktyk is dat sulke strukture verskuif word (6–8).

2 Uitspraak

2 1 Algemene uitgangspunt

Regter van Zyl gee eerstens 'n ontleding van die gemenereg (8–19) en wys daarop dat *accessio* reeds uit Romeinse tye dateer en 'n ingeburgerde deel van die gemenereg was (8); daarna bespreek hy die verskillende benaderings wat in die Suid-Afrikaanse reg voorkom (19–28 29–31) en formuleer ten slotte 'n aantal beginsels (28–29 30) wat hy dan aanwend om te bepaal of die staalstrukture inderdaad onroerend geword het (31–36).

2 2 Ondersoek van die gemenereg

Volgens die hof kom

> "*accessio* voor wanneer een saak met 'n ander sodanig verbind word dat die twee sake verenig en 'n nuwe selfstandige entiteit vorm" (8).

Met 'n beroep op *D* 6 1 3 25, De Groot 2 9 1, Voet 41 1 14, Van Leeuwen *RHR* 2 4 1; 2 5 1, Vinnius *ad Inst* 2 1 29 en Van der Linden *Koopmans handboek* 1 7 2 2 stel regter Van Zyl hom op die standpunt dat dit reeds in die gemenereg vasgestaan het dat die eienaar van die hoofsaak ook eienaar van die aldus aangehegte saak word (8). Ook ten aansien van die besondere verskyningsvorm *inaedificatio* vind dié reël aanwending (8 – *superficies solo cedit* (Gai 2 73); *omne quod inaedificatur solo cedit* (*I* 2 1 29; *D* 41 1 7 10); *superficies ad domini soli pertinet* (*D* 9 2 50); De Groot *Inleidinge* 2 1 13 (*nagel-vast*); Van Leeuwen *RHR* 2 1 6; Huber *Hedendaegse rechtsgeleertheid* 2 1 6; Van der Keessel *Praelectiones* op Gr 2 1 13).

2 2 1 Romeinse reg

Met verwysing na die stelreël dat roerende sake deur aanhegting onroerend word, onderskei regter Van Zyl twee benaderings in die Romeinse reg ten opsigte van die hantering van die vereistes vir eiendomsverkryging by wyse van *inaedificatio* (9–10):

(a) die *aard* en *wyse* van aanhegting (*I* 2 1 29–30; *D* 41 1 7 10–12) en

(b) die *aard, wyse* en *doel* van die aanhegting (*D* 19 1 18*pr*; *D* 18 1 76*pr*; *D* 41 1 60).

2 2 2 Romeins-Hollandse reg

In die Romeins-Hollandse reg word volgens die hof dié twee benaderings steeds onderskei (10–18). Die eerste benadering word beklemtoon deur De Groot 2 1 13, Van Leeuwen 2 4 1 en 2 5 1, Huber 2 1 6, Van der Keessel 2 1 12–13 en Vinnius *ad I* 2 1 29. Daarenteen volg Paulus Voet *Mobilium et immobilium natura* 3 2 (ook 3 3, 4 1–2, 5 1, 25 1–2, 25 4), Christiaan Rodenburg *Tractatus de iure coniugum* 2 2 5, Van Wezel *Commentarius ad novellas constitutiones ultraiectinas* 12 10 en Voet 1 18 14 die tweede benadering.

Die doel van die aanhegting word deur laasgenoemde skrywers nader omskryf. (Huber 3 3 41 en Van der Keessel 2 1 13 word ook in dié verband aangehaal.)

Volgens Paulus Voet moet daar na die aard (*natura*) van die saak gekyk word om te bepaal of dit roerend of onroerend is. 'n Saak kan vanweë sy eie aard onroerend wees of deur die een of ander menslike handeling onroerend word. Hy onderskei volgens die hof tussen *accessio* (natrekking) en *destinatio* (die doel of bestemming van die saak). Van der Keessel, Huber en Johannes Voet (hierbo aangehaal) verwys ook na *destinatio* om te bepaal of 'n saak as onroerend beskou kan word. Paulus en Johannes Voet, Rodenburg en Van Wezel koppel die bepaling van *destinatio* aan die bedoeling van die eienaar (of, soos in die geval van die tekste, die *paterfamilias*). Volgens Paulus moet ook die doel (*finis*), gevolge (*eventus*), die gebruik (*usus*) en die verhouding van die roerende saak tot die onroerende saak in ag geneem word. Die *destinatio* kan dus volgens hom òf deur 'n menslike handeling òf deur die bedoeling van die *paterfamilias* vasgestel word. Dit is ook die standpunt van Johannes Voet.

Die gewone stelreël van die Romeinse reg (sien hierbo), naamlik *superficies solo cedit* soos uiteengesit deur die Romeins-Hollandse skrywers (De Groot 2 1 13; Van Leeuwen 2 1 6; Huber 2 1 6; Van der Keessel 2 1 13) vind onveranderd aanwending.

Ander Romeins-Hollandse gesag wat nie deur die hof aangehaal is nie en die twee benaderings ondersteun is: *Honderd rechtsgeleerde observatien over de Inleydinge van Hugo de Groot* (1776) 2 21; Groenewegen *De leg* 2 1 30; Huber *Praelectiones* 2 1 30; Van Leeuwen *CF* 2 1 4 en Van Bynkershoek *Opera omnia opisculum de rebus mancipi* 3.

2 2 3 Samevatting van die gemenereg

Die hof gee die volgende samevatting van die gemenereg (18–19):

> "As die Romeinse reg en die gemeenregtelike bronne in oënskou geneem word, blyk dit dat daar minstens drie maatstawwe uitgekristalliseer het vir beantwoording van die vraag wanneer 'n aangehegte saak beskou moet word permanent deel van die grond te geword het, te wete die aard van die saak wat aangeheg is, die wyse van die aanhegting en die doel (*causa*) van die aanhegting. Die doel van die aanhegting kan volgens die gemenereg bepaal word aan die hand van die bedoeling (*intentio*) of oogmerk (*destinatio*) van die eienaar van die aanhegting en aan die hand van sy handeling of optrede (*factum*). Die gebruik van die begrip *destinatio* om die eienaar se bedoeling of oogmerk te beskryf, dui myns insiens daarop dat die bedoeling op die bestemming van die aanhegting gerig word en dus onlosmaaklik aan sy doel (*causa*) gekoppel word. Die bedoeling hang ook ten nouste met die optrede (*factum*) van die eienaar saam en is skynbaar subjektief van aard. Die *factum* kan op sy beurt slaan op die aard en wyse van aanhegting as synde feite (*facta*) wat objektief vasgestel kan word, maar sluit waarskynlik ook enige ander relevante feite in wat met die eienaar se handelinge of optrede verband hou."

Dié samevatting en die uiteensetting hierbo laat duidelik blyk dat daar in die geval van *inaedificatio* volgens die gemenereg (soos deur regter Van Zyl bespreek) naas die vereistes van *aard* en *wyse* van aanhegting 'n derde vereiste – die *doel* van die aanhegting – gestel word. Die objektiewe *doel* (*causa*) word soos volg bepaal:

(a) die (subjektiewe) *bedoeling* (*intentio*) of *oogmerk* (*destinatio*) van die eienaar van die aanhegting;

(b) sy *aanhegtingshandeling* of *optrede* (*factum*) wat enersyds verband hou met:
- die *aard* en *wyse* van die aanhegting as objektiewe *facta*, en
- enige ander tersaaklike feite.

2 3 Suid-Afrikaanse reg

Die hof verwys (19) na die bydraes van drie outeurs (Lewis 1979 *SALJ* 94; Van der Merwe *Sakereg* (1979) 161–168; Joubert 1956 *THRHR* 244–249). Daar word voorts 'n uiteensetting van Van der Merwe 161–162 (tans (1989) 247–258) se benadering gegee. Na die mening van die hof moet daar naas dié skrywer se drie vereistes (aard en doel van die saak; wyse en graad van aanhegting en bedoeling waarmee die aanhegting gemaak is) ook "in elke geval na al die besonderhede omstandighede van die geval gekyk . . . word" (19).

2 3 1 Regspraak

Daar kan 'n onderskeid tussen vier aangeleenthede in die bespreking van die regspraak gemaak word:

(a) *Die hantering van die verband tussen die drie vereistes* Die hof staan krities teen die volgende *dictum* in die *locus classicus Olivier v Haarhoff* 1906 TS 497 500:

> "The points chiefly to be considered are the nature and object of the structure, the way in which it is fixed and the intention of the person who erected it. And of these the last point is in some respects the most important."

Die *dictum* gee naamlik duidelik blyke enersyds van 'n vermenging van die eerste en die derde vereiste en andersyds van die (foutiewe) verheffing van die *bedoeling* tot 'n afsonderlike maatstaf, terwyl dit maar één van die fasette (naas *optrede/factum*) van die derde vereiste (*doel/causa*) is (20–21).

(b) *Beklemtoning van die bedoeling as die belangrikste en deurslaggewende kriterium* Die hof verwys na *Victoria Falls Power Co Ltd v Colonial Treasurer* 1909 TS 140 145–146 en gee daarna 'n kritiese analise van *MacDonald v Radin and the Potchefstroom Dairies and Industries Co Ltd* 1915 AD 454 466–467 waar daar slegs na Paulus Voet 4 2 en Voet 1 8 14 verwys en die Engelse reg as *ratio* vir die uitspraak aanvaar word. Dit lei daartoe dat die appèlhof die gemeenregtelike onderskeid tussen *accessio* as oorspronklike wyse van eiendomsverkryging en die konsensuele grondslag van *traditio* as afgeleide wyse van eiendomsoordrag geheel en al negeer en sodoende die eiendomsoordragvereistes van *animus dominium transferendi* en *animus dominium accipiendi* ook op *accessio* van toepassing maak (467–468).

(c) *Interpretasie van die ander twee vereistes* Die *aard en doel van die aangehegte saak* lewer normaalweg nie veel probleme nie (22). Die *wyse van die aanhegting* word dikwels aan die *verwyderbaarheid* van die betrokke struktuur gekoppel; in dié verband is daar in die verlede al van vier kriteria gebruik gemaak:

(1) daar moet geen wesenlike beskadiging van die hoofsaak en die aanhegting wees nie;

(2) die verwydering moet met gewone en nie tegnies ingewikkelde metodes nie, geskied;

(3) die aangehegte saak moet sy eie identiteit na aanhegting behou het; en

(4) die aanhegting hoef vir doeleiendes van permanensie nie sodanig te wees dat dit nooit verwyder kan word nie.

d *Interpretasie van die bedoeling-vereiste* Hoewel daar voorheen te kenne gegee is dat dié vereiste slegs ter sprake kom as die ander twee kriteria nie voldoende duidelikheid bied nie (*Newcastle Colleries v Borough of Newcastle* 1916 AD 561 565; *R v Mabula* 1927 AD 159 161; sien ook *Macdonald v Radin and the Potchefstroom Dairies and Industries Co Ltd* 1915 AD 454 466: "Yet it is sometimes settled by the mere nature of the annexation . . . In such cases the intention as to permanency would be beyond dispute"), is daar 'n duidelike tendens ten gunste van die subjektiewe bedoeling van die eienaar self (in die besonder sy eie *ipse dixit*) as die primêre kriterium. Die uitsprake in *Standard-Vacuum Refining Co of South Africa v Durban City Council* 1961 2 SA 669 (A) 677H–678A, *Simmer and Jack Mines v GF Industrial Property* 1978 2 SA 654 (W) 658D–E en *Trust Bank van Afrika v Western Bank* 1978 4 SA 281 (A) 295A–D word as bevestiging hiervan aangehaal. (Die hof verwys ook na die afwykende uitspraak in *Secretary of Inland Revenue v Charkay Properties* 1976 4 SA 872 (A) 881H waar daar teruggekeer is na die benadering dat die eerste twee vereistes die deurslag gee). Ook die jongste appèlhofuitspraak, *Theatre Investments v Butcher Brothers* 1978 3 SA 682 (A) 688A–D (waar gesê is dat die bedoeling van die aanhegter in onder meer sy eie *ipse dixit* te vinde is), vorm na die oordeel van die hof in *Sumatie* deel van dié tendens. Gevolglik verwerp regter Van Zyl die standpunt van 'n aantal Transvaalse beslissings dat die vereistes soos gestel in *MacDonald v Radin* 1915 AD 454 466–467 nog onveranderd geld (27; vgl *Melcorp v Joint Municipal Pension Fund* 1980 2 SA 214 (W) 222G–223C; *Senekal v Roodt* 1983 2 SA 602 (T) 616B–C; *Falch v Wessels* 1983 4 SA 172 (T) 179D).

2 3 2 Samevatting van die Suid-Afrikaanse reg

Regter van Zyl se uiteensetting van die huidige Suid-Afrikaanse reg en die oorbeklemtoning van die subjektiewe bedoeling van die eienaar as sou dit dié primêre en deurslaggewende kriterium wees ter bepaling van die vraag of 'n bepaalde aanhegting deur *inaedificatio* onroerend geword het (27), word deur Van der Merwe *Sakereg* 251–258 bevestig. Hy spreek hom sterk teen die "nuwe benadering" (254–258) uit en toon aan dat dit van die Engelse reg afkomstig is en nie met die gemeenregtelike reëlings versoenbaar is nie.

2 4 Hof se eie standpunt

Vanweë die afwykings van die gemenereg en die "verwarring" (24) wat daar tans in die Suid-Afrikaanse reg bestaan, vind die hof dit nodig om 'n stel beginsels ter bepaling van die vraag of *accessio* wel geskied het, te formuleer. Die hof stel die korrekte regsposisie soos volg (28–29):

> "As uitgangspunt meen ek dat dit aanvaar moet word dat die doel (*causa*) van die aanhegting moet wees om die aangehegte saak permanent of vir 'n onbepaalde tyd tot die grond of ander onroerende saak te voeg en wel op so 'n wyse dat dit 'n nuwe selfstandige entiteit daarmee vorm en dus self onroerend word. Hierdie doel is nie gelykstaande aan die subjektiewe bedoeling (*intentio*) of oogmerk (*destinatio*) van die eienaar van die aangehegte saak nie maar kan daarmee in 'n nou verband staan. Die doel sal dikwels vasstelbaar wees met verwysing na objektief vasstelbare feite soos die aard en funksie van die aanhegting en die wyse waarop die aanhegting plaasgevind het. Daar kan egter ook na ander feite en omstandighede gekyk word om as hulpmiddels in hierdie verband te dien. Soos reeds vermeld het die gemeenregtelike bronne skynbaar 'n subjektiewe element ingevoer deur na die bedoeling (*intentio*) of oogmerk (*destinatio*) van die eienaar te kyk. Daar is ook kennis geneem van sy handelinge of optrede (*factum*) wat nie noodwending beperk word tot die aard en wyse van die aanhegting deur hom uitgevoer nie maar ook enige ander relevante feite wat daaruit voortspruit kan insluit."

Na beklemtoning (29–30) van die rol van die gewone bewyskriterium in siviele sake (dat die eiser sy saak op 'n oorwig van waarskynlikheid moet bewys: sien oor die belang hiervan *Theatre Investments v Butcher Brothers* 1978 3 SA 682 (A) 688A–D), formuleer regter Van Zyl die volgende kriteria (3):

> "Uit hoofde van hierdie oorwegings kan die ter saaklike beginsels aldus geformuleer word:
>
> 1. Die primêre ondersoek is om vas te stel of die doel (*causa*) van die aanhegting daarop dui dat die aangehegte saak permanent of vir 'n onbepaalde tyd tot die grond of ander onroerende saak gevoeg is op so 'n wyse dat dit 'n nuwe selfstandige entiteit daarmee vorm en dus self onroerend geword het.
> 2. Die doel (*causa*) kan bepaal word aan die hand van feite soos
> (a) die aard en funksie van die aangehegte saak;
> (b) die wyse van aanhegting;
> (c) die subjektiewe bedoeling (*intentio*) of oogmerk (*destinatio*) van die eienaar van die aanhegting ten tye van sodanige aanhegting;
> (d) die handeling of optrede (*factum*) van die eienaar van die aanhegting; en
> (e) enige ander relevante feite of omstandighede."

2 5 Besondere reëlings in die geval van huurders

'n Verdere verbandhoudende probleem is dat daar in die geval van aanhegtings deur 'n huurder op huureiendom sprake is van twee duidelik onderskeibare benaderings in die regspraak:

(a) Aanhegtings word nooit permanent nie aangesien die huurder nie die bedoeling sou hê dat dit onroerend word nie (30; vgl *Deputy-Sheriff of Pretoria v*

Heymann 1909 TS 280 285; *Victoria Falls Power Co v Colonial Treasurer* 1909 TS 140; *Van Rooyen v Baumer Investments* 1947 1 SA 113 (W)). Van der Merwe *Sakereg* 253 dui aan dat dié siening op die bedoelingskriterium berus.

(b) Aanhegtings kan onroerend word (31) met behoud van die reg van die huurder om die sake voor verstryking van die huurtermyn los te maak en te verwyder (*Van Wezel v Van Wezel's Trustee* 1924 AD 409; *Chetty v Bhajee* 1950 1 SA 212 (T)). Die toepaslike remedie sou dan uiteraard die gemeenregtelike *ius tollendi* wees. Van der Merwe *Sakereg* 253 dui tereg aan dat (objektiewe) verkeersmaatstawwe en fisieke faktore hiervolgens 'n veel meer prominente funksie vervul. Die *Sumatie*-uitspraak onderskryf dié benadering.

2 6 Bevinding

Na beslis is dat die aard van die strukture sodanig is dat hulle as onroerend kan funksioneer, en dat die funksie daarvan (as behorende tot die koejawelsapfabriek) nie met 'n permanente aanhegting strydig is nie, toon die hof aan dat die wyse van aanhegting *prima facie* sodanig is dat dit as 'n permanente aanhegting beskou kan word (31). Vanweë die meningsverskil rondom die verwyderbaarheid daarvan (sien 1 hierbo), bevind die hof dat daar tog nog 'n mate van onsekerheid bestaan en dat dat daar gevolglik na die *doel* (*causa*) van die aanhegting gekyk moet word (32–34). Gevolglik moet in hierdie geval ook *ander faktore* (soos die verskillende kontrakte, die *ipse dixit* van B en die getuienis van die persoon wat die aanhegting aangebring het) in ag geneem word (32–34). Die hof bevind dat die doel en wyse asook die relevante feite en omstandighede (nieteenstaande B se *ipse dixit*) op 'n permanente aanhegting dui (35). Die uitspraak is dus dat eiendomsreg deur *accessio* reeds direk by oprigting in die eienaar van die grond gesetel het.

3 Bespreking

Die onderskeid tussen roerende en onroerende sake was van minder belang in die Romeinse reg, maar tydens die feodale tydperk het die aangeleentheid besonder aktueel geword (Thomas *Textbook of Roman law* (1976) 139; sien ook Kaser *Römisches Privatrecht* (1971) I 31 III). In die Romeinse reg is dié onderskeid egter wel (onder andere) met *inaedificatio* in verband gebring.

Daar is in die Romeinse reg verder onderskei tussen persone wat met hulle eie materiaal op 'n ander se grond bou en die wat met 'n ander se materiaal op sy eie grond bou (*I* 2 1 29–30; Van Zyl *Geskiedenis en beginsels van die Romeinse privaatreg* (1977) 158–160; Thomas *Textbook of Roman law* 173–174). Die eerste geval is in hierdie vonnisbespreking te sake. Om vas te stel of die gebou die eiendom van die materiaaleienaar of dié van die grondeienaar geword het, bestaan daar nie sonder meer duidelikheid nie. Die *bona* of *mala fides* van die houer speel hier 'n deurslaggewende rol. Volgens *I* 2 1 30 en *C* 8 10 5 word dit geag dat die *mala fide* houer die gebou aan die grondeienaar geskenk het. Die gebou kan egter verwyder word indien dit sonder skadeberokkening kan geskied (*D* 6 1 37; *C* 3 25 5).

Die reëls van *inaedificatio* van die Romeinse reg is deur die 17e eeuse Romeins-Hollandse skrywers oorgeneem soos hierbo uiteengesit (sien ook Feenstra *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht* (1984) 79; Kunst *Historische ontwikkeling van het recht* (1968) 208). Voor en na die resepsie van die Romeinse reg het huurders meestal hul eiendomsreg van die materiaal behou

indien hulle die gehuurde grond in hulle beheer gehou het. (Die Romeinse regsreëls is later in die *BW* opgeneem, maar *via* Pothier en die *Code Civil* en nie uit die Romeins-Hollandse reg nie: Kunst 208).

Die vraag kan verder gestel word of die gereelde vermelding in die Romeins-Hollandse bronne van die *bedoelings*- of *intentio*-vereiste nie so geïnterpreteer moet word dat dit slegs of veral in daardie gevalle gegeld het waar daar

(a) na aanwending van die kriteria *aard* en *wyse* nie afdoende sekerheid ten aansien van die vashegting bestaan nie; asook waar daar

(b) geen sprake van enige fisiese vashegting is nie, maar die eienaar die uitdruklike bedoeling dat die betrokke roerende saak as 'n eenheid (hoewel nie 'n fisiese eenheid) saam met 'n bepaalde onroerende saak vorm, na buite kenbaar gemaak het; in so 'n geval is daar streng gesproke nie in Romeinsregtelike sin sprake van *accessio* nie, en in moderne regsistematiek sou dit eerder onder die verbinding van bysake en hulpsake tuishoort.

In die moderne Suid-Afrikaanse reg word aanvaar dat daar in die geval van samevoeging van sake (*universitas cohaerentium*) anders as deur *accessio* die volgende onderskeid gemaak word tussen die saak en sy bestanddele (Van der Merwe *Sakereg* 50–54; *Things* (1987) 30–32; sien ook Silberberg en Schoeman *Law of property* (1983) 36–37; Delport en Olivier *Sakereg vonnisbundel* (1985) 45–54; Carey Miller *Acquisition and protection of ownership* (1986) 34–36 asook die gesag deur dié skrywers vermeld):

(a) Bysake (*accessories*) wat 'n fisiese (of funksionele) en juridiese eenheid met die hoofsaak vorm (en tydens die verbinding met die hoofsaak hulle selfstandigheid verloor) – byvoorbeeld hysbakke en uitlaatstelsels. Van der Merwe *Sakereg* 52 wys in hierdie verband op die belangrike rol van die gemeenskapsopvattings en op die maatstaf van verhoging van die nuttigheid en betroubaarheid van die betrokke hoofsaak.

(b) Hulpsake wat slegs 'n ekonomiese en juridiese band met die betrokke hoofsaak vorm, en dus vir 'n spesifieke hoofsaak bestem is – byvoorbeeld 'n noodwiel en motorsleutels (sien verder Van der Merwe *Sakereg* 53–54 vir 'n bespreking van die onderskeid tussen by- en hoofsake).

(c) Vrugte.

(d) Onselfstandige sake.

Van der Merwe *Sakereg* 54 wys op die benadering in Frankryk en Louisiana dat 'n roerende saak deur bestemming onroerend kan word (*immeubles par destination*) en toon aan dat dit "prakties dieselfde doel as die tipering van sake as hulpsake van onroerende sake (dien)". Aangesien dié bestemmingsbenadering nie in die Suid-Afrikaanse reg geredelik toegepas word nie, word daar eerder van die uitgangspunt van watter sake hulpsake van grond is, uitgegaan (54).

In die lig van die skerp onderskeid wat reeds in die Romeins-Hollandse reg tussen *aard en wyse* enersyds en *doel* andersyds gemaak is, kan die vraag gestel word of daar nie verdere ondersoek na die moontlike toepaslikheid van die onderskeid tussen *accessio* en die verbinding van sake op die onderhawige problematiek ingestel behoort te word nie (sien hieroor ook Van der Merwe *Things* (1987) 131; *Sakereg* 257–258). So 'n ondersoek sou byvoorbeeld daartoe kon lei dat–

(a) *accessio* (en sy vereistes van aard en wyse) van toepassing is op gevalle waar daar objektief gesproke geen twyfel oor die eenwording van die roerende met die onroerende saak bestaan nie;

(b) by- en hulpsake (en die kriteria wat daar aangewend word) van toepassing is in gevalle waar onsekerheid oor die fisiese eenwording bestaan. Hier kan die subjektiewe bedoeling van die eienaar van die betrokke saak uiteraard een van die kriteria wees. Sou dit blyk dat die betrokke saak bestem is om as hulp- of bysaak vir 'n onroerende saak te dien, sal dit vanself, juridies gesproke, as onroerend geklassifiseer word.

So 'n benadering sou moontlik daartoe lei dat die onroerendwording van roerende sake deur bestemming in die Suid-Afrikaanse reg uitgebou word. Die Suid-Afrikaanse gemenereg en in besonder die Romeins-Hollandse reg (hierbo bespreek) gee voldoende historiese aanknopingspunte vir sodanige ontwikkeling.

Wat die Suid-Afrikaanse skrywers betref, bestaan daar in hoofsaak drie benaderings met betrekking tot enersyds die bestaan van en die relatiewe belang van die drie vereistes, en andersyds die rol van die subjektiewe bedoeling (die sogenaamde *ipse dixit*) van die eienaar:

(a) Van der Merwe *Sakereg* 247–255 en *Things* 126–131 onderskei tussen die *ou benadering* (waar bedoeling slegs ter sprake is indien die vereistes van aard en wyse nie 'n afdoende antwoord verskaf nie) en die *nuwe benadering* (waarkragtens die bedoeling van die eienaar die belangrikste kriterium is en alle ander vereistes bloot *indicia* van sy bedoeling is). Bedoeling volgens die nuwe benadering bestaan uit die afweging van die (objektief) toegeskrewe (of afgeleide) bedoeling teenoor die (subjektiewe) verklaarde bedoeling (*ipse dixit*) van die eienaar. Vanweë onder andere die Romeins-Hollandse grondslae van die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot *accessio* en die foutiewe toepaslikmaking van subjektiewe *traditio*-beginsels (wat met afgeleide eiendomsverkryging te make het), verkies hy die ou benadering (255–257). Ook Sonnekus (1978 *De Jure* 174 390; 1978 *TSAR* 283; 1984 *TSAR* 72; 1984 *THRHR* 79) wys op die verskuiwing wat plaasgevind het: die bedoelingselement as onbeklemtoonde maatstaf word die allesoorheersende kriterium (wat bowendien in gepaste gevalle tot onbillike resultate kan lei). (Sien verder Breitenbach 1985 *THRHR* 462; Van der Merwe en De Waal 1986 *THRHR* 66; Schoeman 1978 *THRHR* 449.)

(b) Lewis 1979 *SALJ* 106 is 'n voorstander van die rol van die subjektiewe bedoeling van die eienaar. Sowel Carey Miller (1984 *SALJ* 205; (1986) 32–33) as die skrywers direk hierbo aangehaal, wys egter op die ontoepaslikheid hiervan aangesien dit tot die opheffing van die wesenlike onderskeid tussen oorspronklike en afgeleide wyses van eiendomsverkryging sou lei.

(c) Skrywers soos Silberberg en Schoeman *Law of property* 215–220 en Delport en Olivier *Sakereg vonnisbundel* 41–42 staan enersyds krities teenoor die verheffing van die subjektiewe bedoeling as primêre kriterium, maar beskou dit andersyds as één van die elemente wat in twyfelgevalle die deurslag kan gee (sien ook Van der Merwe, Van Wyk en Erasmus *Lee and Honoré: family, things and succession* (1983) 272–274).

Dit wil voorkom of daar 'n dringende behoefte aan die beantwoording van die volgende vrae bestaan:

(a) Die vraag na die samehang tussen die drie kriteria.

(b) Die vraag na die inhoud van die bedoelingskriterium. Is dit

(i) objektief;

(ii) suiwer subjektief; of

(iii) gemeng in die sin dat die subjektiewe bedoeling – die sogenaamde *ipse dixit* – slegs maar één van die onderdele van dié vereiste is?

(c) Die vraag of die bedoelingskriterium (in een van sy drie verskyningsvorme) die primêre kriterium en die ander twee vereistes (asook ander faktore) bloot *indicia* vir die bepaling hiervan is.

(d) Die vraag of die verdere vereiste in die *Sumatie*-uitspraak, naamlik dat elke geval in die lig van sy eie omstandighede oorweeg moet word, werklik 'n afsonderlike vereiste is (gesonde regspleging noodsaak uiteraard die oorweging van die besondere feite van elke geval).

(e) Die vraag na die toepaslikheid van die beginsels wat *hulpsake* en *bysake* ten grondslag lê in gevalle waar daar nie (voldoende) sekerheid oor die wyse van aanhegting bestaan nie (of dit ontbreek) – met die gepaardgaande uitbouing van die konsep onroerendwording deur bestemming.

4 Gevolgtrekking

Die beslissing in die *Sumatie*-saak moet onder andere weens die volgende redes verwelkom word:

(a) Die uitspraak stel die hele vraagstuk rondom aanhegtings op 'n prinsipieel suiwer grondslag. Die hof het hier sy weg oopgesien om nieteenstaande jarelange geykte reg die ontoepaslikheid van die subjektiewe bedoelingselement as primêre kriterium (afkomstig uit die Engelse reg, en wat tot die vervaging en selfs die opheffing van die onderskeid tussen oorspronklike en afgeleide wyses van eiendomsverkryging in die geval van aanhegtings gelei het) te identifiseer.

(b) Die *communis opinio* van die regspraak oor wat die gemeenregtelike posisie sou wees, word nie sonder meer aanvaar nie, maar daar is *de novo* 'n behoorlike regshistoriese ondersoek gedoen. Die resultaat van die hof se toepassing van die regshistoriese metode is dat daar nou vir die eerste keer 'n verteenwoordigende uiteensetting van die gemeenregtelike ontwikkeling met betrekking tot aanhegtings gegee is.

(c) Die hof gee 'n uiteensetting van sy eie standpunt wat enersyds die gemeenregtelike posisie (ten minste grotendeels) herstel, maar andersyds ook die aanvanklike benadering in die Suid-Afrikaanse regspraak akkommodeer.

(d) Die hof gee 'n eie formulering van die samehang tussen die kriteria met *causa* (*doel*) as primêre kriterium wat dan aan die hand van objektiewe feite soos aard en funksie, wyse van aanhegting, die aanhegtingshandeling of -optrede, ander relevante feite en omstandighede asook die subjektiewe bedoeling (*intentio*) van die eienaar van die aanhegting ten tyde van die aanhegting vasgestel moet word.

Soos hierbo aangetoon is, is daar egter nog steeds 'n aantal aangeleenthede wat verdere ondersoek verdien. In hierdie verband kan die onderskeid tussen *accessio* en onroerendwording deur bestemming moontlik 'n belangrike rol speel.

Die *Sumatie*-beslissing laat duidelik blyk watter gevare die wantoepassing van die regshistoriese metode, en die gevolglike kanonisering van foutiewe (en lukraak) interpretasies van gemeenregtelike bronne, vir die Suid-Afrikaanse reg op die gebied van aanhegting in die verlede ingehou het. Regter van Zyl het hier

in feite dieselfde benadering as die appèlafdeling in die onlangse gewysdes van *Du Plessis v Strauss* 1988 2 SA 105 (A) en *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas* 1988 3 SA 583 (A) gevolg, waar die hof nie gehuiwer het om die gemenereg te ondersoek nie, en in die proses bereid was om selfs die *communis opinio* daaroor te verwerp (sien hieroor Du Plessis en Olivier 1988 *De Jure* 171–181). Dié benadering maak dit moontlik dat ook die appèlhof sy vorige standpunte oor die regsnorme met betrekking tot aanhegtings sal kan wysig en in ooreenstemming met die gemeenregtelike grondslae van die Suid-Afrikaanse reg sal kan bring.

NIC OLIVIER
WILLEMIEN DU PLESSIS
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

THE NATURE OF TRADE-IN AGREEMENTS

Mountbatten Investments (Pty) Ltd v Mahomed 1989 1 SA 172 (D)

1 Introduction

It is trite law that the aedilitian remedies are available if the *res vendita* suffered from a latent defect at the time of the sale. The application of these remedies has been extended on two occasions. First, in *Wastie v Security Motors (Pty) Ltd* 1972 SA 129 (C) it was held that where part of the price consists of a thing, the seller also has the protection of the aedilitian actions for any latent defects in respect of that thing. Secondly, in *Phame (Pty) Ltd v Paizes* 1973 3 SA 397 (A) it was held that if a seller made a *dictum et promissum* as a result of which the buyer entered into the contract or agreed to the price, the buyer would be entitled to the aedilitian remedies.

The question whether the aedilitian remedies can be extended to protect the seller where a buyer makes a *dictum et promissum* in regard to the thing which constitutes part of the price, arose in *Mountbatten Investments (Pty) Ltd v Mahomed.* Briefly the facts were as follows: Plaintiff and defendant were both motor-car dealers. In September 1986 plaintiff sold to defendant a 1986 BMW motor car for R58 535. In terms of the agreement, the amount of R14 535 of the purchase price was to be paid in cash prior to delivery of the car. Plaintiff accepted a BMW 733i motor car as a trade-in. Defendant represented the car to be a 1985 model while it was in fact a 1983 model. It was accepted at the trial that this representation had been innocent. Furthermore, it was accepted material that it was a misrepresentation, that the representation had been made to induce the plaintiff to agree to the trade-in and that the plaintiff had relied upon it. At the Rule 37 conference it was agreed that the correct trade-in allowance for the 1983 BMW was R27 030 (173B–F). The plaintiff's claim was formulated as follows:

(a) The 1983 BMW was or should have been regarded as having been sold to the plaintiff (174B).

(b) The aedilitian remedy referred to in *Phame (Pty) Ltd v Paizes supra* was therefore available to the plaintiff (174B).

(c) Alternatively, *Wastie v Security Motors supra* decided the point and should have been followed (174C).

The defendant excepted to the plaintiff's claim and argued that:

(a) Since the plaintiff's claim was based upon an innocent misrepresentation, he was entitled to rescind the contract and claim restitution (173I).

(b) Where a *dictum et promissum* is made as regards the quality of the thing which is both material and incorrect, the purchaser can rely upon the aedilitian remedy of the *actio quanti minoris* (173J).

(c) The 1983 BMW was traded in and not sold; consequently the *actio quanti minoris* was not available to the plaintiff (174A).

(d) *Wastie v Security Motors supra* did not decide that the *actio quanti minoris* applied to trade-ins. Alternatively, if it did, it was wrongly decided (174A).

The issue to be resolved in this case was formulated by Bristowe J as follows:

> "Two questions have to be decided. First, what was the true nature of the transaction referred to as a trade-in? Second, and only if it was not a sale, should the remedy afforded by the *actio quanti minoris* be extended to the plaintiff?" (174C–D).

2 Nature of a trade-in

Different constructions may be used to answer the first question. The first of these is that a trade-in is either a contract of sale or one of exchange. In determining whether a trade-in is either of these, it is necessary to look at the development of the "price" requirement in contracts of sale.

2 1 Historical background

According to *D* 18 1 2 1 the price must sound in money in order to constitute a contract of sale.

There were different opinions in classical Roman law. The Proculian view was that the price had to be in money in order to distinguish buyer from seller. On the other hand, the Sabinians did not require that the price consist in money; if a thing was given clearly as the price for a thing offered for sale, there was no difficulty in distinguishing the parties (G 3 141; *Inst* 3 23 2).

Justinian rejected this adaptation and the Proculian view prevailed. The price had to consist in money.

The institutional authors rejected the latter view. They were of the opinion that where payment was made partly in money and partly by the giving of something else, the transaction could be either one of sale or one of exchange (Voet 18 1 22). Where it was difficult to ascertain the parties' intention, recourse had to be had to the dominating factor, namely money or something else. Where there was more in money than in value of the thing given, the contract was one of sale. *Vice versa*, it would be one of exchange (*ibid*). Voet clearly emphasises the parties' intention and only in those cases where the intention was not decisive is reference made to the value test (174G).

Huber, in *Praelectiones iuris romani et hodierni* 3 4 3, provides a further solution to the problem where the amount of the price and the thing were more

or less equivalent. In such a case the transaction was still held to be a sale, since sale is more common than barter and the presumption is always applied in favour of what is more common. This test did not rule out the parties' intention, but provided an answer to those cases where the intention was uncertain (174I).

Pothier, in his *Treatise on sale* par 30, states clearly that if a buyer agrees to give or do something else, in addition to paying a sum of money, the contract will not be prevented from being a contract of sale. He refers specifically to *D* 19 1 6 1 which contains the following example: If a building is sold for a certain sum of money as well as a promise to repair another building belonging to the seller, the repair can be enforced by instituting an action on the purchase. However, if the agreement is only to repair another building (and not for a sum of money as well) it is not a contract of sale which is concluded.

Contemporary South African authors on the subject of sale take the view that the price need not consist only in money and the Roman-Dutch approach is followed (see 24 *LAWSA* par 14; Mackeurtan's *Sale of goods in South Africa* (1984) 19 271; Kerr *The law of sale and lease* (1984) 24; Wessels *The law of contract in South Africa* (1937) vol II par 4448; Norman's *Purchase and sale in South Africa* (1972) 63).

Therefore, the fact that a price may consist of a *res* plus money, justifies the submission that a trade-in can qualify either as part of the purchase price or be the thing given in exchange. The question whether a trade-in is either a sale or an exchange has arisen in several cases.

2 2 Contract of sale

The nature of the trade-in transaction was at issue in *Antonie v The Price Controller* 1946 TPD 190. Reference was made to Hailsham *Halsbury's Laws of England* vol 41 par 1 note 5 where it is stated that

> "if goods are to be paid for by money and other goods, on which a fixed value is put, the contract may be treated as one of sale for the aggregate sum as the price" (192).

Barry JP came to the conclusion on the facts that

> "[t]he value of the traded-in car, at an agreed price is the determining factor that the contract is one of sale and not of exchange –Voet (18 1 22) supports this view" (193).

The same question arose in *Bouwer v Adelford Motors (Pty) Ltd* 1970 4 SA 286 (E) and Munnik J, relying on *Antonie v The Price Controller supra* agreed with the view that the contract may be treated as one of sale.

In *Wastie v Security Motors supra* the question whether the contract at issue was one of sale or one of exchange was once again raised. After reference to Voet 18 1 22 and an analysis of the evidence Van Zijl J decided (131F):

> "We have therefore to do with a contract of sale in the terms contended for by the defendant, viz. plaintiff sold the Valiant to defendant for R1 250 payable: R400 in cash and the balance of R850 by giving plaintiff ownership of the Peugeot at an agreed valuation of R850. The Peugeot is therefore portion of the pretium."

In *Mountbatten Investments (Pty) Ltd v Mahomed supra* 178A–C Bristowe J laid down general guide-lines to be applied to cases in which the price consists in money and a *res* and there is confusion whether the contract is one of sale or barter:

(a) If no part of the price sounds in money, the contract is one of barter and not sale.

(b) If part of the price is in money and part is in kind, the parties' intention determines whether the contract is one of sale or barter.

(c) If the parties disagree on their intention or if there is reason not to accept their explanation of what contract they intended to enter into, the relative values of the money and kind should be taken into consideration in an attempt to resolve the problem.

(d) Only if there is no certainty should the presumption described by Voet and Huber *supra* be resorted to.

2 3 Reciprocal contracts of sale with mutual set-off

Another possible construction of a trade-in agreement was proposed in *Massyn's Motors v Van Rooyen* 1965 3 SA 717 (O). In this case it was argued that where a contract of sale was concluded and it was agreed that the price would consist not only in money but in something else as well, there are in fact two contracts of sale. One pertains to the sale of the primary thing while the other pertains to that which is delivered as part payment of the primary sale. The latter is set off against the former.

Smuts AJ disposed of this argument as follows (720G):

> "Met die betoog dat die inruiling van 'n saak waarop 'n waarde geplaas word, niks anders as 'n koopkontrak van die ingeruilde saak is nie, kan ek nie saamstem nie. Waar by die 'inruiling' van 'n saak daar niks meer gebeur nie as dat die verkoper sy bereidwilligheid te kenne gee om as deel van die koopprys 'n saak te aanvaar wat deur die koper aangebied word as gedeeltelike betaling van die koopprys en die partye daarna 'n waarde op die saak plaas vir die doeleindes van die huurkoopkontrak kom daar geen koopkontrak tot stand met betrekking tot die saak wat aldus 'ingeruil' word nie. Daar is geen bedoeling dat die 'ingeruilde' saak moet dien as die *merx* van 'n afsonderlike koopkontrak nie; die 'ingeruilde' saak word deur die koper aanvaar as gedeeltelike betaling van die prys wat hy vra vir die saak wat hy verkoop en die koopprys van die onderwerp van die huurkoopkontrak is die totaal van die waarde wat op die ingeruilde saak geplaas is en die verdere geldelike bedrag wat ook betaal moet word deur die koper."

2 4 Contract of barter

It appears that only two cases support the view that a trade-in contract is one of barter and not sale (*R v Van Heerden* 1935 EDL 292 and *Vizirgianakis v Karp* 1965 2 SA 145 (W)). In *Mountbatten Investments (Pty) Ltd v Mahomed supra* 177I–J Bristowe J found that neither case provided the authority for such a decision.

2 5 Bristowe J's solution

According to Bristowe J, where a trade-in is involved, the price of a vehicle bought is normally fixed and the trade-in is offered as part payment (179D). Applying this principle to the facts in *Mountbatten Investments (Pty) Ltd v Mahomed*, Bristowe J analysed the steps involved in that particular trade-in as follows (179F):

> "In all the circumstances therefore it seems to me inescapable that one contract was entered into in terms of which the defendant bought and the plaintiff sold the 1986 BMW. In terms of that contract the 1983 BMW was delivered in part payment of the purchase price payable for the 1986 BMW. *The 1983 BMW was not sold, nor was it bartered*" (my emphasis).

Bristowe J went so far as to extend this opinion to a general rule by stating:

> "I have stressed . . . that delivery of goods traded in is not pursuant to the sale of those goods nor is it barter of them."

This rejection of the analogy between a trade-in on the one hand and a barter or a sale on the other, consequently rules out the availability of the aedilitian remedies. *D* 21 19 5 clearly states that the aediles provided an action to the purchaser and his universal successors. By purchaser they understood someone who buys for a money price. However, in the case of an exchange or a barter, each party is to be regarded as both seller and purchaser and thus each can proceed under this edict. Consequently, there is no authority for the extension of the aedilitian actions to a contract which does not cover sale or barter. The following argument raised by Van Zijl J in *Wastie v Security Motors supra* 132B, namely that as the parties to contracts of barter are protected by the aedilitian remedies against latent defects in the objects of these contracts, it would be unfair not to afford similar protection to the seller in regard to the price, is therefore also unfounded.

Van Zijl J fallaciously continued (132H) that just as the seller warrants that the *merx* is free from defects, where a portion of the pretium consists of a thing other than money, the purchaser gives to the seller a similar warranty that the thing is free of latent defects.

In regard to these arguments Bristowe J concluded:

> "I can find no authority for the proposition that there is an implied warranty in law that the non-monetary portion of the pretium . . . is free from latent defects" (180J–181A)

and

> "Wastie's case does not go the length of holding that the buyer is also liable under the *actio quanti minoris* for an incorrect *dictum promissumve* made innocently" (181D).

On the facts Bristowe J decided that the plaintiff was unable to succeed (181D–E).

However, the statement made by Van Zijl J in *Wastie v Security Motors supra* 132B, that it would be not only unfair but also illogical not to provide the seller who accepts a trade-in as part payment of the purchase price with the aedilitian remedies in regard to the price, is to be applauded. Although Bristowe J's judgment is correct in so far as a trade-in is neither a sale nor a barter and the aedilitian actions therefore cannot apply, he unfortunately omits to answer his first question regarding the true nature of a trade-in transaction. It is the answer to this question which could have served as the basis for a remedy to provide a seller with protection against latent defects and *dicta et promissa* in respect of the price.

2 6 Datio in solutum debiti

It is submitted that a trade-in as analysed by Bristowe J in this case is a *datio in solutum debiti*; he analysed the steps involved in a trade-in but failed to define it as a *datio in solutum debiti*. Usually, in trade-in agreements, the parties agree to the sale of a thing, the price of which is fixed. However, the creditor then agrees to accept something else as part of the performance which is due.

Nevertheless, the question remains whether the aedilitian remedy can be extended to protect a seller where a buyer makes a *dictum et promissum* in regard to the thing which he gives in part payment of the price. This question necessitates an investigation into *datio in solutum debiti*.

From a comparative study it appears that there is support for the view that a *datio in solutum* is analogous to a sale and that the principles applicable to sale are applicable to a *datio in solutum.*

According to German law, an obligation is extinguished if a creditor accepts, in lieu of fulfilment, a performance other than that agreed upon (*BGB* a 364). Furthermore, the *BGB* (a 365) provides that if something else is given in lieu of fulfilment, the debtor shall warrant in the same manner as a seller against a defect of title or a defect of quality.

The Dutch Civil Code makes no specific provision for *datio in solutum* (Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht* 4 1 99), and according to the *BW* (a 1425) no creditor can be forced to accept performance of something other than that which is agreed upon. Nevertheless, the *BW* (a 1886) provides that if a creditor agrees to accept something other than that which the parties agreed to, the original obligation is extinguished. Therefore a change in the object of the performance can be brought about only by consensus between the parties. The *BW* (a 1449 s(1)) provides that this consensus effects a novation and the majority of Dutch authors support the view that a *datio in solutum* is to be regarded as a novation (see Asser *supra* 385 and the authorities cited there). Suijling (*Inleiding tot het burgerlijk recht* 29) states that where something other than that which was agreed upon is rendered, the debtor must guarantee against eviction and latent defects in the thing rendered, in the same manner in which a seller is liable for eviction and latent defects.

As far as the South African law pertaining to *datio in solutum* is concerned, Joubert (in his well researched article "*Datio in solutum*" 1977 *De Jure* 36) is of the opinion that where a *datio in solutum* extinguishes the old debt, a new obligation is created and that novation has therefore taken place. In such an event Joubert *ibid* states:

> "Die primêre verpligting is om te lewer maar daaraan word voldoen sodra dit in die lewe geroep is. Die belangrike sekondêre verpligting is om te waarborg dat die *datio in solutum* effektief sal wees. Hierdie waarborg is erken na analogie van die koopkontrak en as die analogie verder gevoer word sou daar moontlik 'n aksie na aanleiding van verborge gebreke ook verleen kon word."

3 Conclusion

Consequently, the foundation for the application of the aedilitian actions to trade-ins is provided by the analogy between a *datio in solutum* and a contract of sale. On this basis there seems to be no reason not to apply the aedilitian actions as extended in *Wastie v Security Motors supra* and *Phame (Pty) Ltd v Paizes supra* to the plaintiff in *Mountbatten Investments (Pty) Ltd v Mahomed.*

This would provide a positive answer to Bristowe J's second question, namely whether the aedilitian remedies should be afforded to the plaintiff if the contract is not one of sale.

L HAWTHORNE
University of South Africa

GROWTH BY STIFLING

Government of Bophuthatswana v Segale 1988–12–01 case no 3/87 (B) (unreported)

The issue of a justiciable bill of rights for the Republic of South Africa has gained so much momentum that people are talking about when, and not whether, it will be introduced. The existence of a bill of rights in the neighbouring Republic

of Bophuthatswana is seen by some as an indication of the feasibility of such an option for South Africa.

The ability and preparedness of the judiciary to give practical effect to a bill of rights has been assumed, especially in Bophuthatswana. Although Bophuthatswana can boast of a number of achievements in the ten years of independence, it is submitted that the attitude of the Supreme Court in the *Segale* case towards human rights falls short of the high hopes many have of a bill of rights. (It is to be noted that *S v Marwane* 1982 3 SA 717 (A) is a decision of the South African appellate division sitting as an appeal court for Bophuthatswana. This case presented the court, a full bench, with the only opportunity that the South African judiciary has had to express its views on a bill of rights.) The disappointment experienced was exacerbated when the only case which could be regarded as "responsive lawyering" (cf Nathan "Inaugural Lecture" (1985) 22) and had been received with expressions of optimism – albeit cautious (Motshabi 1988 *SAJHR* 79), was overturned by Bophuthatswana's Appellate Division in the *Segale* case. The appeal court reversed the decision of the court *a quo* and upheld the constitutionality of section 31 of the Internal Security Act of 1979. This is also a rebuff to Nathan (22) who had criticised the Hiemstra court in saying:

> "The new court, the Stewart court, has begun with a spirit of pragmatism and one seems to discern a leaning towards responsive lawyering."

The hope she expressed has not proved justified.

The Bophuthatswanan Supreme Court, except for the decision in *Segale v Government of Bophuthatswana* (4 B SC (1984–87) 362), seems bent on treating Bophuthatswanan society as still "strongly authoritarian" and its parliament as "a super-chief" (Hiemstra CJ in *Smith v Attorney-General, Bophuthatswana* 1984 1 SA 196 (B)). It seems safe to say that the following *dictum* of Hiemstra CJ in this case (199) is the guiding principle in that court's interpretation of the bill of rights:

> "The Court helps to shape the Declaration of Human Rights with great deference to the Legislature. A court which is over-active in striking down legislation can destroy the exalted instrument it is trying to bring to life, it can incur the resentment of the Legislature and cause the Declaration, which was meant to be a charter of freedom, to become a clog upon the wheels of government."

In short, the court is saying that the Declaration will have to grow without assistance from the courts.

The appeal in *Bophuthatswana Government v Segale* was against the decision of the Supreme Court (General Division) by Waddington J and Khumalo J, allowing an application by the Chairman of the National Seoposengwe Party to hold a meeting against a refusal by the Minister of Law and Order. The court *a quo* found that section 31 of the Internal Security Act of 1979 was *ultra vires* the Constitution of Bophuthatswana. Sections 15 and 16, which guarantee freedom of expression and assembly, were relied on. The appeal was heard by Theal Stewart CJ, Kotze JA and Galgut AJA, with Galgut AJA delivering the unanimous judgment.

The Constitution of Bophuthatswana is the supreme law of the country (s 7(1)). The general approach of the appellate division in the interpretation of the constitutionality of section 31 of the Internal Security Act does not reveal that the court started from the premise that the Constitution is supreme. Further, the

court (18) talks of rights which "have been emphasized in sections 15 and 16" when it should be talking of rights which are entrenched. There is a difference between the two expressions, particularly in view of the fact that the Bophuthatswanan Constitution is supreme, unlike that of the Republic of South Africa or Britain, where it is even inappropriate to talk of a constitution in this sense. In South Africa, for instance, the constitution is a piece of legislation having no higher status than ordinary legislation (Cockram *Interpretation of statutes* (1987) 6).

The failure of the Appellate Division to appreciate that it was dealing with a supreme constitution with entrenched fundamental rights, led to its failure to bring the necessity for and the validity of section 31 of the Internal Security Act of 1979 under the permitted instances for derogation from the protected rights. In the court *a quo*, for instance, it was said (368):

> "The principle is that interference with the rights guaranteed in the constitution is lawful only when certain conditions precedent exist, namely, the interference is provided for in the Constitution and is capable of achieving its purported objective."

This approach is the correct one and is in accord with that of the Court and Commission under the European Convention on Human Rights. As Jacobs (*The European Convention on Human Rights* (1975) 196) puts it:

> "The importance of requiring that restrictions must, in every case, be justified by an express provision of the Convention is very great. It enables the Commission and the Court to control the alleged interference by reference to those express provisions . . ."

When, then, the Appellate Division entertained such notions as "safety of the State", "interests of the State" and "sound social and economic life", it was deviating from the Constitution which was supposed to be its guide. These expressions are not mentioned in the Constitution, at least not in respect of the rights at issue in the case.

The court *a quo* (372) had, on the basis of the application of the listed instances for derogation, found that section 31 was *ultra vires* the Constitution as it placed a permanent ban on the holding of political meetings by more than 20 people and that such a restriction "cannot be said to be reasonably necessary in the democratic society which is Bophuthatswana" (373). That court was at all times guided by the fact that the Constitution establishes a democratic Bophuthatswana. The relapse of the Appellate Division into treating the constitutional dispensation in Bophuthatswana as similar to that in the Republic of South Africa is to be deprecated (see especially 9–11 12–16). The *dicta* quoted with approval on the pages cited have no application in Bophuthatswana, particularly in "interpreting the relevant provisions of the Constitution and also when interpreting section 31" (16). As has been submitted, the grounds for derogation from the protected rights are provided for under the relevant provisions. It is further submitted that the court misdirected itself by resorting to the preamble of the Constitution (9). The Appellate Division was not at liberty to seek guidance from any provision of the Constitution when the relevant sections (15(2) and 16(2)) expressly provided for the instances for derogation. The question was simply whether the Internal Security Act, particularly section 31, fell under any of the enumerated exceptions.

The General Division had held (374) that it had the jurisdiction to inquire into the jurisdictional facts giving rise to the necessity for the enactment of section 31 and that if such facts were not shown to have existed, then section

31 was not necessary and therefore *ultra vires* the Constitution. That the court has jurisdiction to inquire into the jurisdictional facts giving rise to the situation resulting in the derogation from the protected rights, is in accord with the jurisprudence regarding the role of the court where there is a justiciable bill of rights.

However, the Appellate Division, in a characteristically positivistic fashion, held (23):

> "Every legal system must make provision for measures aimed at maintaining law and order and the security of the State. It is for the parliament of a state and not the courts to make such provision. Parliament has done so. With that end in view it passed the Act in 1979. It then in 1984 found it necessary to amend section 31. It must have had reason to do so. The Court *a quo* does not know why it did so. In the absence of evidence to show that the original section 31 or the amended section 31 was not necessary it is not for the Court to say Parliament erred in enacting section 31 in its original or amended form."

With all due respect, the Appellate Division misses a number of points. Bophuthatswana is not "every legal system". It is one of the states in the world which has a supreme constitution. The parliament of Bophuthatswana is not sovereign in the sense that the South African or British parliaments are, so it is not free to legislate as it wishes on any matter. The Bophuthatswana parliament is confined to the enumerated instances for restricting the entrenched rights. Further, as the court *a quo* had rightly observed (368), parliament must show that

> "the interference is provided for in the Constitution and is capable of achieving its purported objective. Furthermore it must be proportional in the sense that it is necessary to achieve the purported objective, ie no lesser form of interference must be available. Finally, the interference must be reasonable or proportional in the sense that the objectives of the interference are lawful, adequate, necessary and of equal or superior weight when balanced against the affected right".

In point of fact, the court has jurisdiction to enquire why "the original section 31 or the amended section 31" was necessary in order to satisfy itself that such an enactment was valid according to the relevant constitutional provision and also whether it was still necessary and valid at the relevant times. This means that parliament is bound to observe the constitutional restrictions not only when enacting the law in question but also when amending it. The parliament of Bophuthatswana is not free to decide in its own way (without reference to the Constitution) when the entrenched provisions may be derogated from. Since the instances for derogation under both sections 15(2) and 16(2) (which were affected by section 31) are a reproduction of the similar provisions under the European Convention on Human rights, the practice of the Court and Commission under that regime is persuasive, if not authoritative. It is conceded that section 18 of the Bophuthatswanan Constitution (on the restriction of the rights) is not identical to article 15 of the Convention which governs derogation. However, the approach to the interpretation of the entrenched provisions should follow that under the European Convention rather than that applicable in regimes where there is parliamentary sovereignty and no constitutionally entrenched bill of rights. In fact, it is no secret that the Bophuthatswana Declaration of Fundamental Rights was modelled on the European Convention on Human Rights.

Sir James Fawcett (*The application of the European Convention on Human Rights* (1987) 311–312) says:

> "The Commission, in considering whether a particular restriction or derogation is necessary or strictly required, does not, as of course, accept the judgment of the respondent government as conclusive; but it rather places itself in the position of the citizens in a democracy who, because they have accorded to their legislature and executive the responsibility for their government and the means of discharging it, will accept restrictions and derogations which appear, within the limits of reasonableness and good faith, necessary to government" (see also Robertson *Human rights in Europe* (1977) 114).

In that vein, the court *a quo* was correct when it observed (373):

> "The respondents in this case have not placed before the Court any information disclosing that the wave of unrest which struck the eastern parts of Bophuthatswana last year was anything more than a temporary overflow from an adjacent country. There is no information before us that that state of unrest has intensified."

Even if the Appellate Division was correct in observing that the court *a quo* had erred in this regard, there still remains the crucial question as to the actual facts which gave rise to the enactment of the Internal Security Act and section 31 in particular, and its subsequent amendments. That the minister gave reasons for the refusal of the holding of the meeting does not resolve the issue relating to the original necessity for the introduction of section 31. The refusal by the minister presupposes the validity of section 31, which issue had not been settled.

The Appellate Division (19) observed that the words used in section 31 were similar to those used in sections 15 and 16 and that therefore there was no conflict. With due respect, the court cannot infer congruence from the similarity of words used (cf *Gumede v Minister of Law and Order* 1984 3 SA 908 (N)). Furthermore, the fact that "the preamble to the Act stresses the issue of public safety" (19), does not carry the matter any further as the issue is a substantive one, namely, whether there was any necessity for the enactment of the act in question on objective grounds. Such reasons were never adduced in court.

The issue of the violence which had accompanied previous meetings (21) and the affidavit from Professor M Hough (*ibid*) were irrelevant as these allegations assumed the validity of the act and the action by the minister (in refusing application to hold the meeting) under section 31. Their relevance could only lie in their linking the National Seoposengwe Party indirectly with the violence, especially that which was sweeping South Africa at the time, a link which had to be proved in court.

I have tried to show that the approach to the inquiry into the validity of section 31 of the Internal Security Act entitles the court to inquire into the jurisdictional facts giving rise to the situation which necessitated the curtailment of the protected freedoms. Such an inquiry proceeds from the fact that parliament is allowed to derogate from the entrenched rights in the instances enumerated under the relevant provisions of the Constitution. The parliament of Bophuthatswana is thus confined to the Constitution and is not free to justify its enactments by reference to such concepts as "security of the State" or "interests of the State". Lastly, it is hoped that the approach of the Supreme Court of Bophuthatswana to the interpretation of the entrenched human rights provisions will take cognisance of the fact that a different jurisprudence applies, and that the court may learn from the regime under the European Convention

on Human Rights. In that way, the court will be giving practical effect to the bill of rights, instead of stifling it whilst at the same time expecting that it will take root. Waddington J and Khumalo J have indicated the way.

AM DLAMINI*
University of Bophuthatswana

"SPESIFIEKE NAKOMING" IN DIE ADMINISTRATIEFREG

Traube v Administrator Transvaal 1989 2 SA 396 (T)

Dit is seker een van die belangrikste reëls van ons administratiefreg dat die howe hulle nie oor die meriete van 'n administratiewe besluit uitspreek nie, of, anders gestel, dat die howe nie hul eie mening in die plek van dié van die administratiewe orgaan stel nie. Dit is egter nie altyd maklik om 'n duidelike skeidslyn tussen inmenging met die meriete en 'n navraag na die bestaan van jurisdiksionele feite te trek nie. Ook sal die howe slegs in baie uitsonderlike omstandighede aan 'n administratiewe orgaan voorskryf wat om te doen; dit is gebruiklik om in die geval van 'n ongeldige handeling die aangeleentheid na die betrokke instansie terug te verwys met die opdrag om die saak weer in oorweging te neem. Die beslissing in die *Traube*-saak het op beide aangeleenthede betrekking.

Die feite van die saak was kortliks die volgende: die applikant was 'n mediese praktisyn wat by die Baragwanath-hospitaal werksaam was. Sy was van plan om haar as 'n kinderarts te bekwaam, en daarvoor moes sy 'n senior pos by die hospitaal beklee. Sy het hierom aansoek gedoen, maar is in kennis gestel dat haar aansoek afgewys is. Dit was gemene saak dat sy aan alle voorvereistes wat betref kwalifikasies en bekwaamheid voldoen het; die probleem was dat sy met haar werkgewers oorhoops was as gevolg van die publikasie van 'n hoogs kritiese brief aan die Mediese Raad aangaande omstandighede by die hospitaal. Hierdie brief is deur 'n groot aantal hoogstaande medici, en ook deur die applikant, onderteken. Applikant het ook by 'n vorige geleentheid, nadat sy in kennis gestel is dat haar aansoek onsuksesvol was, die hof genader op grond daarvan dat sy (en van die ander persone wat aansoek gedoen het en afgewys is) nie 'n geleentheid gegun is om haar saak te stel nie. In die geding wat gevolg het (*Traube v Administrator Transvaal* 1989 1 SA 397 (W)) is die saak na die respondente terugverwys met die opdrag dat die applikante aangehoor word. Die eerste respondent (die administrateur) het die vierde respondent (die direkteur van personeel in the Transvaalse Provinsiale Administrasie) dientengevolge aangestel om die applikant en vyf ander persone aan te hoor en daarna 'n besluit te neem aangaande hul aansoeke. Die applikant is weer eens in kennis gestel dat haar aansoek nie geslaag het nie. Haar aansoek was egter die enigste wat deur die direkteur afgewys is.

---

* I wish to thank Professors J Redgment and U van Zÿl for having read earlier drafts and helped with some corrections.

Die hof is weer genader, met die versoek dat die besluit van die direkteur ter syde gestel word en dat die respondente beveel word om die nodige stappe te doen om die applikant se aanstelling te bewerkstellig. Met ander woorde, dit lyk of die hof inderdaad gevra word om te bevind dat die besluit op die feite van die saak verkeerd was, dit wil sê, om op die meriete in te gaan, en verder versoek word om die saak nie weer terug te verwys nie, maar 'n vorm van daadwerklike nakoming te beveel.

Dit was in die vroeëre geskil gemene saak dat daar slegs een rede vir die weiering van die applikant se aansoek was, naamlik die feit dat sy die brief onderteken het wat aan die Mediese Raad gerig en in die *Suid-Afrikaanse Mediese Tydskrif* gepubliseer is. Daar is namens die direkteur aangevoer dat die ondertekening van die brief op ongedissiplineerde gedrag en op 'n gebrek aan oordeel gedui het en dat hy geregtig was om hierdie faktore in ag te neem by die besluit oor haar aanstelling. Die applikant se regsverteenwoordiger het weer betoog dat sy wel bekwaam was om die pos te vul; dat sy die brief te goeder trou onderteken het in 'n gees van meegevoel teenoor haar pasiënte; en dat sy bereid was om verskoning te vra vir stellings in die brief wat geblyk het ongeregverdig te wees. Sy was egter nie bereid om haar te vereenselwig met 'n verskoning wat vooraf deur die respondente opgestel is en aan haar voorgelê is nie, omdat dit nie 'n eerlike weerspieëling van haar gemoedstoestand en persepsies ten aansien van die situasie was nie.

Die hof bevind dat die applikant nie in alle opsigte gelyk gegee kan word nie, maar dat, alles inaggenome, en veral in die lig van die feit dat die kritiek wat in die brief vervat is, materieël geregverdig was, dit nietemin onredelik sou wees indien die ondertekening van die brief sou lei tot die weiering van haar aanstelling: haar loopbaan is reeds aansienlik deur die gebeure ontwrig; weiering van die aanstelling sou op 'n "straf" neerkom wat buitensporig in verhouding tot haar "misstap" was; ander ondertekenaars van die brief was steeds in diens van die provinsiale owerhede werksaam, insluitende een persoon wat ook geweier het om die vooraf opgestelde apologie te onderteken; en dit sou vir enige regdenkende persoon onregverdig en onbillik voorkom indien die applikant die enigste "slagoffer" sou wees. Sy slaag dus in haar aansoek; die verhoor wat die direkteur aan die applikant toegestaan het, word as ongeldig beskou vir sover die applikant nie werklik 'n billike kans gegun is om haar saak te stel nie, en daar word bevind dat die direkteur nie behoorlik aandag aan die saak bestee het nie. Daar word beveel dat die nodige stappe gedoen word om die aanstelling van die applikant te bevestig.

Nou moet die vraag onmiddellik gestel word: het die hof hom nie tog maar met die meriete van die saak bemoei nie? Daar is immers in die vorige geding gelas dat die applikante aangehoor moes word, en dit is wel gedoen. Sowel mondelinge as skriftelike vertoë is aan die direkteur gerig; daar word nie deur ons reg bepaal dat 'n regverdige verhoor noodwendig beteken dat iemand persoonlik aangehoor hoef te word nie, of inderdaad dat die aanhoring 'n spesifieke vorm moet aanneem nie. Wat belangrik is, is dat 'n administratiewe orgaan wat 'n diskresie uitoefen wat die regte, voorregte of vryhede van 'n onderdaan kan raak, 'n oop en volledige beeld van die feite moet hê en dat hy dienooreenkomstig optree. Soos Wiechers (*Administratiefreg* (1984) 256) dit stel: die nakoming van die reëls van natuurlike geregtigheid verseker dat die orgaan behoorlik aandag aan die saak skenk. Die blote feit dat daar tegnies aan die vereistes van die *audi*

alteram partem-reël voldoen word, is egter nie genoeg nie. Dit sal nie deug nie om te sê: "Goed, ek het jou nou aangehoor en nou kan jy trap – ek het mos my plig gedoen." Die aanhoringsvereiste dien om te verseker dat die orgaan al die feite tot sy beskikking het. Die volgende stap is dat hy daadwerklik aan die feite aandag moet gee en dat al die ander geldigheidsvereistes ook nagekom moet word.

Dit blyk uit die *Traube*-saak dat die direkteur wel aandag aan die saak bestee het; daar is glad nie betoog dat hy bloot lippediens aan die aanhoringsvereiste bewys het nie. Tog meen die hof dat indien al die feite en omstandighede in ag geneem word, dit duidelik is dat die direkteur die applikant nie sou afgewys het indien hy behoorlik aandag sou bestee het nie. Daar moet erken word dat dit al hoe moeiliker word om te besluit watter feite jurisdiksionele feite, en dus beregbaar, is en watter feite suiwer oor meriete gaan. Dikwels hang die howe se benadering tot hierdie vraagstuk af van die aard van die geskil eerder as van die beginsel self; daar is dikwels al opgemerk dat dieselfde regter wat geredelik ten gunste van die individu besluit waar die aangeleentheid nie sogenaamd "sensitief" is nie, minder geneig sal wees om in te meng waar veiligheidswetgewing byvoorbeeld ter sprake is.

(Om net een voorbeeld te noem: daar is in *Van der Westhuizen v United Democratic Front* 1989 2 SA 242 (A) beslis (met verwysing na die bekende *dictum* van regter Corbett in *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 31 (C) 24–35) dat daar twee kategorieë jurisdiksionele feite is: een wat objektief beregbaar is, en een wat dit nie is nie, omdat die magtigende wet dit aan die orgaan wat die bevoegdheid uitoefen, oorlaat om te besluit of die besondere jurisdiksionele feit bestaan of nie. *In casu* beslis die hof dat die betrokke regulasie in die tweede groep val; daar is dus geen jurisdiksionele feit waaroor die hof moet besin nie, want dit is duidelik dat die bedoeling van die wetgewing was dat die Kommissaris van Polisie die "sole arbiter" van die dienlikheid of noodsaaklikheid van die uitoefening van die verleende bevoegdhede moet wees.)

Daar was in die *Traube*-saak nooit enige verwysing na 'n "suiwer administratiewe handeling" of "vrye diskresie" waaroor die hof geen seggenskap het nie. En tog was die diskresie wat ter sprake was, inderdaad 'n wye diskresie wat baie belangrike gevolge vir die applikant ingehou het. Dit is in elk geval verblydend dat die howe deesdae nie skroom om in 'n groter mate kontrole oor administratiewe optrede uit te oefen nie. Soos Wiechers (323 ev) aantoon, is ons howe alte dikwels geneig om hulself aan bande te lê, selfs waar die magtigende wet dit nie doen nie; hy wys ook verder (326) daarop dat 'n diskresie nie in 'n lugleegte uitgeoefen word nie – die feite en omstandighede rondom die uitoefening van die diskresie bepaal of en hoe die diskresie uitgeoefen moet word. Hoewel die hof in *Traube* dit nie in soveel woorde gesê het nie, is dit presies wat hier gebeur het: die hof het gekyk na die jurisdiksionele feite en het bevind dat dié feite op grond waarvan die applikant se aansoek regmatig geweier kon word, nie bestaan het nie.

Dit is interessant dat die hof hom ook oor die redelikheid van die direkteur se optrede uitgelaat het:

> "In all the circumstances of this case I am convinced that any criticisms which one may legitimately have of the applicant's present attitude towards the letter could not lead any

> reasonable, intelligent and unbiased person to conclude that she is unsuitable for appointment as a senior house officer at Baragwanath Hospital. This is especially so if one compares her qualifications and other positive attributes on the one hand with the comparatively minor role she played in respect of the publication of the letter on the other hand. That she should be the only victim in the affair would offend the sense of fairness and equity of any reasonable person" (420D–F).

Die onredelikheid is geleë onder andere in die ernstige gevolge wat weiering van die aanstelling vir die applikant sou meebring. Wiechers bepleit al baie lank 'n objektiewe redelikheidsmaatstaf wat fokus op die onredelike gevolge van 'n handeling eerder as die onredelike subjektiewe gesindheid van die orgaan wat die handeling verrig. Ook was daar nie in hierdie saak sprake van 'n gesindheid aan die kant van die direkteur wat so grof onredelik is dat dit feitlik op *mala fides* of 'n totale irrasionaliteit dui nie. Onredelikheid is wel, soos hierbo aangetoon is, gekoppel aan vooroordeel en onbillikheid, wat op die oog af heel logies voorkom. Sowel vooroordeel ("bias") as onbillikheid ("unfairness") word tradisioneel in ons administratiefreg nie aan onredelikheid gekoppel nie, maar aan die reëls van natuurlike geregtigheid (kyk bv Wiechers 237 ev); nakoming van dié reëls en van die redelikheidsvereiste word as onafhanklike geldigheidsvereistes behandel. Die vereiste van aandagbesteding, aan die ander kant, word behandel as 'n oorkoepelende vereiste wat betrekking het op die nakoming van al die afsonderlike vereistes: 'n orgaan wat behoorlik aandag bestee, sal byvoorbeeld toesien dat hy die reëls van natuurlike geregtigheid nakom (waar toepaslik), dat hy nie vir 'n ongeoorloofde doel optree nie, dat hy nie onredelik handel nie, dat alle voorgeskrewe prosedures nagekom word, en so meer (kyk Wiechers 290).

Myns insiens is die koppeling van redelikheid aan "ander" vereistes, soos die afwesigheid van vooroordeel en die eise gestel deur algemene billikheidsoorwegings (dit waarna Baxter as "fairness" in die konteks van die reëls van natuurlike geregtigheid verwys – kyk *Administrative law* (1984) 540), 'n welkome en natuurlike ontwikkeling wat inderdaad strook met die standpunt wat ek voorstaan, naamlik dat ons administratiefreg 'n behoefte het aan 'n meer geïntegreerde en minder formalistiese benadering (kyk Carpenter "An integrated approach to unreasonableness in administrative law?" 1989 *SA Publiekreg* 261).

Ten slotte verduidelik regter Goldstone breedvoerig waarom hy besluit het om die aangeleentheid nie weer vir verdere oorweging terug te verwys nie, en om self die bevel vir die applikant se aanstelling te maak (418–420). Die omstandighede waaronder die howe so optree, en dus in 'n sekere sin tog die besluit uit die hande van die administratiewe orgaan neem, word deur Wiechers 299–230 uiteengesit: (i) waar daar slegs een ander alternatief bestaan, sodat terugverwysing geen doel sou dien nie; (ii) waar al die oorwegings reeds aan die hof gestel is of die applikant benadeel sou word indien die saak weer aan die administrasie terug verwys sou word (indien die hof bv bevind dat dit "grossly unfair" teenoor die applikant sou wees om die saak terug te verwys: *Dawnlaan Beleggings (Edms) Bpk v Johannesburg Stock Exchange* 1983 3 SA 344 (W) 369H); en (iii) waar *mala fides* aan die kant van die administrasie bewys is. In laasgenoemde geval is die hof verplig om self die bevel te maak, maar in alle ander gevalle is ons howe huiwerig om in te meng. Selfs in die geval van bewese vooroordeel sal die hof die aangeleentheid dikwels terugverwys maar uitdruklik beveel dat dit nie weer deur dieselfde persoon oorweeg mag word nie. Ook in ander gevalle kan die hof spesifiek opdrag aan die administratiewe orgaan gee oor hoe sy

diskresie uitgeoefen moet word. In die huidige geval het die hof duidelik gemeen dat die saak reeds lank genoeg gesloer het, dat die applikant reeds benadeel is, en dat dit eintlik geen doel sou dien om die saak weer terug te verwys nie; die geskil voor die hof was suiwer of sy op haar aanstelling geregtig was en geen alternatief het hom voorgedoen nie.

Daar is in die *Traube*-saak nie geskroom om die diskresie wat uitgeoefen is, noukeurig te ondersoek en te meet aan die geldigheidsvereistes nie. Hierdie benadering strook ook met dié wat deesdae in Brittanje gevolg word, waar die howe ook nie meer so geredelik as voorheen "ja en amen" sê op al wat 'n administratiewe besluit is nie.

GRETCHEN CARPENTER
Universiteit van Suid-Afrika

LOCUS STANDI IN JUDICIO VAN PERSONE WAT NAKOMING VAN BEPERKENDE VOORWAARDES EIS; REGSAARD VAN BEPERKENDE VOORWAARDES

Malan v Ardconnel Investments (Pty) Ltd 1988 2 SA 12 (A)

1 Feite

Op 27 Augustus 1952 is die dorpsgebied "Spartan" (Germiston) deur Proklamasie 230 van 1952 as dorpsgebied geproklameer. Die administrateur het twee kategorieë beperkings (A: dorpstigtingsvoorwaardes en B: titelvoorwaardes) by hierdie proklamering neergelê. Die tersaaklike voorwaardes bepaal soos volg:

A11: die dorpseienaar en sy opvolgers in titel is verplig om die dorpstigtingsvoorwaardes deurgaans te eerbiedig en toe te sien dat dit in stand gehou word; B1: mineraalregte word voorbehou vir die dorpseienaar en sy opvolgers in titel; B3: voorsiening word gemaak vir "spesiale" besigheidserwe (waaronder ook erf 184) wat aan sekere voorwaardes moet voldoen, onder andere dat geen vermaaklikheids- of vergaderkompleks opgerig mag word nie, of dat

> "no business may be carried on . . . with persons other than Europeans and no business of a Kaffir eating-house of any description"

bedryf mag word nie; B4: voorsiening word gemaak vir 'n "algemene" besigheidserf (erf 258) vir handel- of besigheidsdoeleindes; B5: erf 185 word as 'n "spesiale doeleindes"-erf (motorhawe) geklassifiseer; en B7: 237 erwe (met die uitsondering van erwe 184, 258, 185 en 127) word as industriële erwe geklassifiseer wat almal onderworpe is aan 'n aantal voorwaardes, waarvan die belangrikste die volgende is:

(a) hulle mag net vir industriële doeleindes gebruik word;

(b) geen kleinhandel-bedrywe word toegelaat nie, en

(c) verkope van die produkte van erfeienaars mag net geskied as die plaaslike owerheid die bedryf skriftelik goedgekeur het.

Die respondent is eienaar van erf 184 ('n spesiale besigheidserf onderworpe aan voorwaarde B3). Die eerste appellant is sedert 1965 eienaar van industriële

erf 42 (onderworpe aan voorwaarde B7). Die tersaaklike ooreenstemmende voorwaardes tussen erwe 184 en 42 is B1 en B2. (Voorwaarde B2 kom by al die erwe voor en reël verskeie aangeleenthede in die algemeen — onder andere die onderverdeling van erwe in gepaste gevalle en die afvoer van storm- en rioolwater.) Voorwaarde B3 ontbreek dus by erf 42 en voorwaarde B7 by erf 184. In 1985 sluit eerste en tweede appellante 'n huurkontrak vir 5 jaar waarkragtens tweede appellant as algemene handelaar, vishandelaar en kafee-eienaar op erf 42 kan optree. In 1986 word die bedryf uitgebrei om ook vir voedselverskaffing aan Swartes voorsiening te maak.

Die hof *a quo* staan 'n interdik toe teen die twee appellante om hulle te verhinder om verder hul besigheid in stryd met die titelvoorwaardes (soos in B3 uiteengesit) voort te sit.

2 Betoog van die appellant

2 1 Locus standi

Die appellant bevraagteken die *locus standi in judicio* van die respondent om die interdik aan te vra, aangesien voorwaarde B7 (wat op erf 42 van toepassing is) nie 'n voorwaarde is wat "enure to the benefit of the respondent" nie maar tot voordeel van die dorpsontwikkelaar is (33B–D). Die voorwaarde is egter ook nie 'n gemeenskaplike voorwaarde ten aansien van al die betrokke partye nie, sodat daar nie sprake van 'n wederkerige verpligting kan wees nie. Gevolglik voer die appellante aan dat die voorwaarde slegs deur die dorpseienaar afgedwing kan word en dat die respondent nie oor *locus standi* beskik nie. Beide appellante steun swaar op *Alexander v Johns* 1912 AD 431 en die Engelse gewysde *Elliston v Reacher* 1908 2 CH 374.

2 2 Skade

Die respondent het in sy aansoek versuim om aan te toon dat die optrede van die appellante (in stryd met voorwaarde B7) skade veroorsaak of hom benadeel het (40J–41). Weens dié versuim en met verwysing na *Patz v Greene & Co* 1907 TS 424 437 betoog die appellante dat die interdik nie toegestaan kan word nie.

3 Uitspraak en bespreking

3 1 Algemene uitgangspunt en bevinding

In appèl aanvaar die hof dat die beperkende voorwaardes, soos opgeneem in die titelakte, saaklike serwitute is (39D). Die blote feit dat daar 'n verskeidenheid soorte erwe is, naamlik beide industriële en besigheidserwe, beteken *nie* dat die wederkerige verpligting om hierdie serwitute na te kom, nie ten aansien van al dié erwe bestaan nie (39F–H). Die verskillende erwe bly steeds sowel heersende as dienende erwe met wederkerige optrede tot voordeel en tot las van alle erwe (39H–I). Die hof bevind gevolglik dat die respondent oor die nodige *locus standi in judicio* beskik en die appèl misluk (40B 41D).

3 2 Aard van beperkende voorwaardes

3 2 1 Algemeen

Die hof wys daarop dat die Suid-Afrikaanse reg 'n onderskeid maak tussen saaklike en persoonlike serwitute. 'n Persoonlike serwituut word ten gunste van 'n bepaalde persoon opgelê, terwyl saaklike serwitute tot voordeel van 'n ander

grondstuk strek. Registrasie van 'n serwituut by die oordrag van grond vind plaas deur die serwituut in die titelakte van die dienende erfeienaar op te neem en te registreer. In die geval van dorpsgebiede verskil die registrasie van beperkende voorwaardes (as serwitute) in die titelakte van bogenoemde in dié opsig dat registrasie van die serwituut in die dienende erf se titelakte plaasvind sonder om te vermeld ten gunste van wie dit opgelê word. Die hof aanvaar dat serwitute as persoonlik beskou word indien dit tot voordeel van die dorpseienaar opgelê word. Word die serwitute egter as saaklik beskou, is *alle* erwe gelyktydig sowel dienende as heersende erwe. Die hof kom tot die slotsom dat saaklike serwitute hier ter sprake is (39F–G):

> "Prima facie these registered servitudes will in general be praedial in nature and enure for the benefit of all erven in the township unless there are indications to the contrary."

3 2 2 Algemene reëls by uitleg van serwitute

(a) Daar word weerlegbaar vermoed dat eiendomsreg onbeswaard is (Delport en Olivier *Sakereg vonnisbundel* (1981) 543–545; Van der Merwe *Sakereg* (1989) 464).

(b) Diegene wat die bestaan van 'n beperking of beswaring beweer, moet dit op 'n oorwig van waarskynlikheid bewys (Delport en Olivier 543; Hall en Kellaway *Servitudes* (1973) 107; Van der Merwe 464).

(c) As daar onduidelikheid is of die beperking 'n saaklike of persoonlike serwituut daarstel, moet daar volgens die *in favorem libertatis*-vermoede die mins beswarende uitleg gevolg word (Delport en Olivier 543–545; Silberberg en Schoeman *Law of property* (1983) 406; Van der Merwe 464; *Willoughby's Consolidated Co Ltd v Copthall Stores Ltd* 1918 AD 1; *Jonordon Investment (Pty) Ltd v De Aar Drankwinkel (Edms) Bpk* 1969 2 SA 117 (K) 125–126).

3 2 3 Reëls van toepassing by uitleg van beperkende voorwaardes

Juis vanweë die feit dat registrasie plaasvind sonder vermelding van *wie* die reghebbende is en sonder om die bepaling in die titelakte van die heersende erf te vermeld, is dit soms 'n probleem om tussen saaklike en persoonlike beperkende voorwaardes te onderskei (Delport en Olivier 663; Van der Merwe 502). Uit die titelakte alleen kan dus nie afgelei word of die beperkende voorwaardes slegs ten gunste van die oorspronklike verkoper of ook ten gunste van alle erfeienaars geld nie. Dit is reeds gevestigde reg dat die reëls by serwitute ook op beperkende voorwaardes van toepassing is (Silberberg en Schoeman 409–410). Gevolglik kan geargumenteer word dat die *in favorem*-vermoede ook in hierdie geval kan geld. *In casu* is dit nie heeltemal duidelik of die voorwaarde saaklik of persoonlik van aard is nie. Die hof bespreek bloot die algemene reëls wat hierop van toepassing is en gee dan heelwat aandag aan die "tot voordeel strek"-aspek om sodoende 'n slotsom te bereik. Om te bepaal of die oplegging van sodanige wederkerige beperkings tot voordeel van al die erwe strek, gaan die hof van die standpunt uit dat alle omringende omstandighede in ag geneem moet word. Dit is belangrik om daarop te let dat die karakter van die buurt ook 'n rol speel. Beperkende voorwaardes opgeneem in titelaktes van erwe wat deel van 'n dorpskema uitmaak, het ook die verdere aanwending dat dit deel van die beplanning van 'n nuwe of bestaande dorpsgebied uitmaak. Dit het met ander woorde ook 'n praktiese koördineringsfunksie (waaraan voorwaarde B7 *in casu* voldoen).

3 2 4 Uitleg gevolg in die *Malan*-uitspraak

Vanweë die feit dat eiendomsreg weerlegbaar vermoed word onbegrens te wees, is die *in favorem libertatis*-beginsel in die verlede aangewend ten einde die mins beswarende interpretasie te volg. Hierdie uitleg is gevolg wanneer daar 'n mate van twyfel bestaan het (*Willoughby's Consolidated Co Ltd v Copthall Stores Ltd* 1918 AD 1; *Hotel De Aar v Jonordon Investment (Edms) Bpk* 1972 2 SA 400 (A); *Von Wielligh v Mimosa Inn (Pty) Ltd* 1982 1 SA 717 (A)). Die uitlegmetode wat in die *Malan*-uitspraak toegepas is, is soos volg:

(a) Daar word eerstens gekyk *wat* geregistreer is.

(b) Sou daar 'n mate van onduidelikheid wees, kan al die omringende omstandighede oorweeg word ten einde 'n slotsom te bereik.

(c) Alleen as daar na oorweging van bogenoemde steeds twyfel bestaan of 'n saaklike of persoonlike beperkende voorwaarde opgelê is, kan die *in favorem libertatis* -beginsel aangewend word. Die deurslaggewende faktor is gevolglik nie die beperking as sodanig nie, maar eerder die aanwesigheid van twyfel *nadat* die omringende omstandighede ook oorweeg is.

3 3 Locus standi in judicio

3 3 1 Agtergrond

Die hof benader die vraagstuk of die respondent *locus standi* het deur eers na die *Elliston v Reacher*-uitspraak te verwys. Deurgaans beklemtoon die hof die feit dat hierdie uitspraak op billikheid gegrond was vanweë die besondere omstandighede wat in die destydse Engeland geheers het. Die Engelse registrasieproses hou ook nou hiermee verband. Aangesien verstedeliking veral met die aanvang van die negentiende eeu begin plaasvind het, het daar 'n behoefte ontstaan aan een of ander beperkende bepaling wat nie net die betrokke eienaar gebind het nie, maar ook sy opvolgers in titel. Die metode wat destyds deur die Engelse regsgeleerdes nagevolg is om 'n bouskema of ontwikkelingskema daar te stel, was om al die kopers dieselfde beperking in hul akte op te lê. Sodoende het die gemeenskaplike verkoper en elk van die kopers met kontraksluiting in direkte kontraktuele verhouding teenoor mekaar te staan gekom. 'n Ander metode was om die beperkings in een bepaalde persoon te setel wat as trustee van al die betrokke partye opgetree het. Die probleem was egter steeds hoe ook die opvolgers in titel gebind kon word.

3 3 2 *Elliston v Reacher* 1908 2 CH 374

Daar is eers met die uitspraak in *Elliston v Reacher* besluit om hierdie beperkende voorwaardes *in equity* toe te pas. Regter Parker (384–385) verklaar soos volg:

> "If these four points be established, I think the plaintiffs would in equity be entitled to enforce the restrictive covenants entered into by the defendants or their predecessors with the common vendor irrespective of the dates of the respective purchases."

Dit is inderdaad ook die vier punte (vereistes, maatstawwe) waarop die appellante se argument berus. Hulle is:

(a) Beide die eisers en die verweerders moet hul titel van 'n gemeenskaplike verkoper verkry het.

(b) Die verkoper moet grond onderverdeel het in erwe met die bedoeling om al hierdie erwe onderworpe aan beperkings te stel sodat dit deel van die algemene plan of skema uitmaak.

(c) Die verkoper moet tydens oplegging van die beperkings die bedoeling gehad het dat dit tot voordeel van al die erwe moet wees.

(d) Beide die eiser en verweerder (of voorganger in titel) moet die erwe gekoop het met die ooreenkoms dat hierdie beperkings tot voordeel van al die erwe sal strek.

Die appellante voer aan dat die betrokke voorwaarde B7 nie binne die strekwydte van die *Elliston*-uitspraak val nie.

3 3 3 Regsposisie met betrekking tot die vier vereistes van die *Elliston*-gewysde

Tot en met hierdie uitspraak was dit gevestigde reg om die vier vereistes van die *Elliston*-uitspraak te oorweeg. (In *Swiss Hotels (Pty) Ltd v Pederson* 1966 1 SA 197 (K) 202 word gesê dat ten minste die eerste drie vereistes bloot nuttige hulpmiddels is; die vierde vereiste kan egter as riglyn gestel word.) Hierdie vereistes het ter sprake gekom enersyds by die beantwoording van die vraag of 'n persoon wat 'n voorwaarde wil afdwing, oor die nodige *locus standi* beskik en andersyds by die bepaling of 'n voorwaarde slegs die huidige grondeienaars dan wel ook die opvolgers in titel bind.

Silberberg en Schoeman (411–413) is van mening dat hierdie vereistes bloot riglyne is en dat die howe steeds 'n eie besluit mag neem. Die vierde vereiste (naamlik dat oplegging van die beperkende voorwaarde tot voordeel van die bepaalde gemeenskap in die geheel moet strek), word egter as 'n noodsaaklike vereiste by die vasstelling van *locus standi* beskou. Van der Merwe (503–504) lê egter in die besonder klem op die rol van die dorpbeplanningskema en is van mening dat laasgenoemde eerder die deurslag moet gee, hoewel die vier vereistes (maatstawwe) as riglyne aangewend kan word. Hierdie vereistes speel volgens Van der Merwe 'n rol by die vraag of die voorwaarde ook die opvolgers in titel bind. Hall en Kellaway (107) beskou die vier vereistes as *sine qua non* vir die vestiging van *locus standi*. Delport en Olivier (659) huldig 'n soortgelyke mening en maak ook melding daarvan dat die oorweging van die vereistes tans in die algemeen aanvaar word (*Alexander v Johns* 1912 AD 431; *Eiffel Mansions (Pty) Ltd v Cohen* 1945 WLD 200; *Norbeck (Pty) Ltd v Rand Townships Registrar* 1948 1 SA 1037 (W); *Ex Parte Hare (Pty) Ltd* 1958 4 SA 416 (K) 418). Daar word egter na die *Swiss Hotels*-uitspraak verwys waarin bevind is dat slegs die vierde vereiste noodsaaklik is en dat die ander drie bloot hulpmiddels is (Delport en Olivier 659). Dit is interessant dat vorige uitsprake in die algemeen die vier maatstawwe by beperkende voorwaardes oorweeg het sonder dat enige van hierdie uitsprake in die besonder na die *equity*-grondslag verwys het.

3 3 4 Bevinding in die *Malan*-uitspraak

Die hof bevind dat daar nie aan die vereistes van die *Elliston*-saak voldoen hoef te word nie, aangesien die motivering daarvoor uit tekortkominge in die Engelse reg gespruit het wat tans voldoende deur die Suid-Afrikaanse reg ondervang word. Die grondslag vir die *Elliston*-uitspraak, naamlik "equity", het dus verval. Verder bevind die hof dat beperkende voorwaardes wat in titelaktes van grondstukke tydens registrasie opgeneem word, as saaklike serwitute beskou word

indien die beperking tot voordeel van die erwe in die algemeen strek. Dit wil dus voorkom of die hof wel die vierde vereiste van die *Elliston*-saak (naamlik die "tot voordeel strek"-vereiste) oorweeg het (hoewel dit in hierdie geval moontlik slegs as nuttige riglyn aangewend is). Om te bepaal of die beperkende voorwaardes (B1–7) hierbo vermeld inderdaad voordelig is, neem die hof alle omringende omstandighede in ag met besondere verwysing na die aard van die omgewing. Ten opsigte hiervan kom die hof tot die slotsom dat die verskillende soorte erwe (handels-, besigheids- en industriële erwe) 'n bepaalde doel het wat tot die karakter van die omgewing bydra en geensins afbreuk doen aan die wederkerige verpligtinge wat daaruit voortspruit nie.

3 4 Rol van dorpbeplanningskema

Die algemene doel van 'n dorpbeplanningskema is om voorsiening te maak vir beplanning van en ordelike beheer oor die ruimtelike benutting van grond binne die grense van 'n bestaande dorp (Olivier, Pienaar en Van der Walt *Statutêre sakereg* (1988) Fisiese Beplanning 15; Silberberg en Schoeman 408–409). Die verskillende provinsiale ordonnansies bevat bepaalde voorskrifte oor die spesifieke aangeleenthede wat in 'n dorpbeplanningskema gereël kan en moet word. Die skema word deur die administrateur goedgekeur en as dorpbeplanningskema geproklameer. Sodra die skema afdwingbaar word, is beide die plaaslike owerheid en die inwoners van die gebied daaraan gebonde. Geen handelinge in stryd met die bepalings van die skema mag toegelaat of verrig word nie. Met oordrag van 'n erf word die beperkende titelvoorwaardes ook oorgedra en tydens registrasie van die titelakte word die beperkende voorwaardes geregistreerde serwitute. 'n Plaaslike owerheid kan nie toestemming aan 'n applikant verleen om in stryd met die titelvoorwaardes op te tree nie. Sou dit egter gebeur dat die plaaslike owerheid inderdaad sodanige skriftelike toestemming verleen (soos *in casu*), verander dit steeds nie die titelvoorwaardes nie en is die optrede *per se* in stryd daarmee. Dit staan egter die applikant vry om ooreenkomstig die korrekte voorgeskrewe prosedure aansoek te doen om wysiging of opheffing van beperkende voorwaardes (kragtens die Wet op Opheffing van Beperkings 84 van 1967). Blote toestemming deur die plaaslike owerheid is dus nie voldoende nie (40E–F).

3 5 Tweede grond van appèl

Die appellante voer aan dat die interdik nie kan slaag nie omdat die respondente versuim het om in hul aansoek aan te toon dat die handeling in stryd met die beperkende voorwaarde hul tot nadeel strek en/of skade veroorsaak het. In die algemeen word die volgende vereistes vir 'n interdik gestel (Boberg *Law of delict* (1984) 480; Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in Suid-Afrikaanse reg* (1989) 251 ev; Van der Walt "Delict" *LAWSA* par 56):

(a) 'n Reeds afgelegde, dreigende of voortgesette handeling, welke handeling

(b) onregmatig moet wees; en

(c) geen ander remedie moet beskikbaar wees nie.

Soms word daar as eerste vereiste die aanwesigheid van 'n "*clear right*" aan die kant van die applikant gestel, hoewel die ander vereistes in die algemeen aanvaar word (McKerron *Law of delict* (1971) 140–141; Nathan *Law and practice relating to interdicts* (1939) 11–18; Van der Walt par 56). Die skrywers is dit

eens dat skade of nadeel nie vereis word nie. Boberg (480) maak trouens uitdruklik die stelling dat skade *nie* een van die vereistes vir 'n interdik is nie. Hy doen aan die hand dat daar eerder op die remedie as op die "*wrong*" (die potensieel-benadelende handeling) gekonsentreer moet word.

In die uitspraak lê appèlregter Joubert klem daarop dat 'n mens hier met 'n gevestigde, duidelike reg (naamlik 'n geregistreerde serwituut) te make het en dat die optrede van die appellante daarop inbreuk maak (41B). Die hof verwys in dié verband na 'n reeks sake waarin interdikte weens inbreukmaking op serwitute toegestaan is sonder dat skade of nadeel in die besonder aangetoon is (41C).

4 Slotsom

Dit is inderdaad so dat die plaaslike owerheid die besigheid van die appellante op erf 42 goedgekeur het, maar die hof wys daarop dat die goedkeuring nie as magtiging kan dien om geregistreerde titelvoorwaardes (eensydig) te wysig nie. Daar word statutêr voorsiening gemaak vir die opheffing en wysiging van beperkende voorwaardes en dit is daardie bepalings wat nagekom moet word indien die grondeienaar die beperking wil ophef of wysig.

'n Effek van die *Malan*-beslissing is dat daar nie meer aan die vereistes soos gestel in die *Elliston*-uitspraak voldoen hoef te word nie aangesien die grondslag vir dié uitspraak deur die Suid-Afrikaanse registrasieproses ondervang word. Die hof skenk egter wel aandag aan die "tot voordeel strek"-vereiste en toets dit aan omringende omstandighede. Dit is egter jammer dat die appèlhof van hierdie vier nuttige vereistes of maatstawwe afstand moes doen, veral gesien in die lig daarvan dat hierdie redelik gevestigde oorwegings deur 'n taamlik relatiewe en selfs vae maatstaf, naamlik "omringende omstandighede", vervang word.

Dit moet verwelkom word dat die hof verwys na die verskynsel dat al geld die betrokke voorwaardes nie gemeenskaplik vir al die erwe nie, dit nogtans met die karakter van die omgewing verband hou (daar word pertinent vir verskillende soorte besigheids- en handelserwe voorsiening gemaak). Hierdie "gemengde" voorkoms beteken egter *nie* dat wederkerige verpligting opgehef word nie. Die geregistreerde bepalings bly saaklike serwitute en moet gevolglik deur alle erfeienaars eerbiedig word.

'n Klemverskuiwing met betrekking tot die interpretasiekriteria wat op beperkende voorwaardes toegepas word, is in die uitspraak te bespeur. Vanweë die besondere registrasiewyse van beperkende voorwaardes ingevolge waarvan die begunstigdes nie in die titelakte vermeld word nie, is dit soms moeilik om te bepaal of 'n saaklike of persoonlike beperkende voorwaarde gevestig is. Die deurslaggewende faktor is nie die beperking (op genots- en gebruiksbevoegdheid) as sodanig nie (wat aanleiding sou gee tot 'n oorweging van die *in favorem libertatis*-vermoede), maar eerder die aanwesigheid van twyfel *nadat* omringende omstandighede ook oorweeg is. Onder omringende omstandighede word veral ook die dorpbeplanningskema en in die besonder die algemene doel en oogmerke daarvan verstaan.

Die beslissing laat laastens ook blyk dat dit voortaan geykte reg is dat skade nie beweer of bewys hoef te word nie in die geval van 'n aansoek om 'n interdik weens inbreukmaking op beperkende voorwaardes.

JUANITA M VAN DER WESTHUIZEN
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

BOEKE

THE PERSONAL FIDUCIARY CHARACTER OF MEMBERS' *INTER SE* RELATIONS IN THE INCORPORATED PARTNERSHIP

deur DS RIBBENS

Perskor Uitgewers (Lex Patria) Johannesburg Kaapstad 1988; xxi en 304 bl
Prys R45,00 + AVB

Hierdie boek is 'n verwerking van die skrywer se proefskrif wat in 1981 by die Universiteit van McGill ingedien is. In sy voorwoord sê regter Coetzee onder meer:

> "I shrank from the task of reading what looked like a formidable tome, obviously purely academic and possibly rather dull",

en by eerste oogopslag is dit inderdaad wat die leser mag dink. In teenstelling hiermee is die boek egter uiters interessant en leersaam vir enigiemand wat in meer as slegs 'n kursoriese kennis van die maatskappyereg belangstel.

By wyse van 'n geskiedkundige en regsvergelykende studie poog die skrywer om aan te dui dat die verhouding tussen byvoorbeeld vennote onderling wat uit die vennootskapskontrak spruit, in sekere gevalle nie verdwyn indien die betrokke vennootskap geïnkorporeer word nie; dit het die gevolg dat die aandeelhouers van die nuwe maatskappy in 'n soortgelyke vertrouensposisie teenoor mekaar staan. So 'n verhouding is dus *intuitus personae* in teenstelling met 'n verhouding *intuitus pecuniae*. Hierdie onderskeid is egter van meer as net akademiese belang aangesien dit die deurslag sal gee in enige aansoek om likwidasie van 'n maatskappy op grond van artikel 344(h) van die Maatskappywet 61 van 1973. Die skrywer toon ook aan dat, indien so 'n vertrouensverhouding in die sogenaamde geïnkorporeerde maatskappy bestaan, daar nie noodwendig likwidasie ingevolge artikel 344(h) hoef te volg indien daar 'n vertrouensbreuk tussen die lede (vennote) ontstaan nie.

Die boek bestaan uit vier afdelings, naamlik die vennootskap en die onderlinge verhouding tussen vennote; die ontstaan en ontwikkeling van die maatskappy in sy verskillende vorme, naamlik die publieke maatskappy, privaatmaatskappy en die geïnkorporeerde vennootskap in die Engelse stelsel; die privaatmaatskappy en geïnkorporeerde vennootskap in die Vastelandse en Amerikaanse stelsels; en die geregtelike erkenning van die geïnkorporeerde vennootskap in die Engelse stelsel, waarby Suid-Afrika ook ingesluit word.

Afgesien van die statutêre erkenning van die geïnkorporeerde vennootskap in verskillende regstelsels, poog die skrywer om, aan die hand van regspraak, die kriteria daar te stel waaraan 'n maatskappy moet voldoen om as 'n geïnkorporeerde vennootskap te kwalifiseer. Die praktiese belang van hierdie kriteria is duidelik, gesien in die lig van artikel 344(h). Die effek van aandeelhouersooreenkomste op die interne verhoudinge en dus ook die aard van die betrokke maatskappy word ook aangedui.

Ek meen dat hierdie boek 'n waardevolle hulpmiddel sal wees vir veral die student in die maatskappyereg aangesien, veral vir sover dit die ontwikkeling van die maatskappy betref, belangrike geskiedkundige inligting in 'n maklik verstaanbare vorm daarin gekondenseer is. Vir die praktisyn sal die boek veral nuttig wees in die geval van likwidasieaansoeke ingevolge artikel 344(h). Besonder interessante gesigspunte word na vore gebring in die bespreking van bekende sake en andersins onduidelike *rationes decidendi* word opgehelder. 'n Voorbeeld hiervan is die opmerkings (193) oor *Percival v Wright* 1902 2 Ch 421.

Dit is egter jammer dat die werk, wat klaarblyklik reeds in 1981 voltooi is, eers in 1988 gepubliseer is. Gevolglik is die nut van die boek tot 'n groot hoogte beperk aangesien 'n hele aantal beslissings sedert 1981, asook die Wet op Beslote Korporasies 69 van 1984, nie behandel word nie. Die skrywer erken weliswaar hierdie leemte in sy naskrif, maar tog sou 'n bespreking van ten minste die Wet op Beslote Korporasies die boek uit die kader van 'n bloot akademiese geskiedenisboek gelig het.

Die boek is tipografies goed versorg en ek het slegs een spelfout opgemerk, alhoewel dit nie my hoofoogmerk was om na spelfoute te soek nie. Die boek is van 'n aantal bylaes voorsien waarin uittreksels van relevante buitelandse statute vervat word. Dit bevat ook twee besonder nuttige *Excursi* waarin die skrywer belangrike begrippe en beginsels uiteensit. Die bibliografie is ietwat ongewoon aangesien die bronne onder verskillende hoofde gerangskik is na gelang van die land van oorsprong, met verwysings na die betrokke voetnoot. Vir die oningeligte en vergeetagtige is dit egter nie so maklik om die bibliografie te gebruik nie aangesien hy in die geval van twyfel die hele bibliografie sal moet deurgaan. Myns insiens sou die bruikbaarheid van die boek groter gewees het as dit van 'n tradisionele bibliografie voorsien was. Terugverwysings in die boek is nietemin telkens na 'n besondere voetnoot eerder as na 'n bladsynommer, wat die opspoor van die betrokke inligting baie vergemaklik.

Behoudens die vermelde voorbehoude kan hierdie boek sterk aanbeveel word by persone wat meer van die ontstaan en binnewerkinge van 'n maatskappy wil weet.

PIET DELPORT
Universiteit van Pretoria

FARLAM AND HATHAWAY: CONTRACT – CASES, MATERIALS AND COMMENTARY

deur GF LUBBE en CM MURRAY

Derde uitgawe; Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1988; xxxvii en 788 bl
Prys R128,00 (hardeband) R88,00 (sagteband) + AVB

Hierdie boek word beskryf as die derde uitgawe van *A case book on the South African law of contract* deur Farlam en Hathaway. Dit verskil egter so ingrypend van die eerste twee uitgawes dat 'n mens dit amper as 'n nuwe boek kan beskou. Daar is verskille in die indeling van die stof wat aangebied word, 'n verskil in benadering wat betref die seleksie van uittreksels uit die hofverslae en dan veral 'n verskil in

die aard en omvang van die kommentaar op die vonnis- en ander uittreksels wat, soos met enige "case book", die kern van die boek vorm.

Van enige regsgeleerde word seker met reg verwag om te alle tye ewewigtig te wees; om nie maklik meegevoer te word nie. Ek vind dit egter moeilik om my in 'n bespreking van *Contract* van die gebruik van superlatiewe te weerhou. Dit is daardie soort boek. Ek vind die seleksie van materiaal uitstekend, en die kommentaar daarop (sowel in die inleidende opmerkings by elke hoofstuk as in die aantekeninge) kan ek slegs as briljant beskryf. Die skrywers laat geen twyfel dat hulle meesters op die gebied van die kontraktereg is nie.

Volgens die uitgewer se reklameblaadjie is die boek bedoel vir gebruik deur sowel studente as praktisyns. Ek dink egter dat dit miskien 'n bietjie te gevorderd vir studente is wat vir die eerste keer met die kontraktereg kennis maak. Diegene wat reeds 'n mate van kennis van die kontraktereg het, sal die skrywers se kommentaar deurgaans prikkelend en insiggewend vind maar ek is bevrees dat dié kommentaar, en dan veral die vrae wat in die aantekeninge gestel word, dikwels bo die vuurmaakplek van die gemiddelde student sal wees. Vir regsdosente, regspraktisyns en gevorderde studente sal die uitgebreide kommentaar egter van onskatbare waarde wees. Hulle sal nie alleen die antwoorde op baie van hulle vrae daarin vind nie; hulle sal ook baie vrae daarin teëkom waaraan hulle moontlik nog nie self gedink het nie en wat meer probleme vir verdere navorsing identifiseer as wat 'n mens sou gedink het daar nog in hierdie stadium op die gebied van die kontraktereg kan bestaan.

Die vermelde reklameblaadjie deel 'n mens mee dat vonnisse uitgesoek is

> "both for their importance as precedents in the law of contract and for their significance in an examination of the development of contract doctrine within the context of social and economic needs, policies and practices"

en dat die aantekeninge geskryf is

> "to take full account of theoretical and academic opinions and to indicate the underlying principles and policies embedded both implicitly and explicitly in judicial responses to a dynamic socio-legal system".

Ek dink so 'n benadering is allesins te verkies bo 'n blote weergawe van die positiewe reg met as enigste kommentaar op die toepassing van 'n bepaalde regsreël dat die ou skrywers die reël nie vermeld nie of dat die toepasser die ou skrywers verkeerd verstaan het. Hoe dit ook sy, professor Lubbe en me Murray het met hulle benadering 'n baie oorspronklike werk gelewer.

Daar word nie gesê hoe die werk tussen die skrywers verdeel is nie. Hulle moet dus seker in gelyke mate gelukgewens word met hulle produk. ('n Mens kan darem seker aanvaar dat me Murray verantwoordelik was vir die gebruik van die vroulike vorm van die persoonlike voornaamwoord waar 'n mens gewoond is aan die manlike vorm daarvan – kyk bv aantekening 4 op 604. Ek het dié gebruik ook al by ander vroulike outeurs raakgeloop – kyk bv na Anne de Moor se opstel in *Oxford Essays in Jurisprudence* (Third Series 1987) 103 ev – maar dit bly ongewoon genoeg om opvallend te wees.)

Tegnies is die boek van ewe hoë gehalte. Daar is baie min drukfoute. Ek kan miskien net een noem wat ek steurend gevind het, te wete "offeree" in plaas van "offeror" in die vierde reël op 68. Die "underly" in die dertiende reël op 302 moet miskien ook maar gekorrigeer word in 'n latere uitgawe – dit kan moontlik die indruk wek dat dit 'n spelfout is en nie 'n drukfout nie.

Die eerste twee uitgawes van *Farlam en Hathaway* het heelwat byval gevind; ek is daarvan oortuig dat die derde nog baie meer byval sal vind.

JG LOTZ
Universiteit van Suid-Afrika

DELIKTEREG

deur J NEETHLING, JM POTGIETER en PJ VISSER

Butterworths Durban 1989; xii en 363 bl

Prys R57,00 (sagteband) R79,00 (hardeband) + AVB

In die *Voorwoord* sê die skrywers dat hulle werk bedoel is as " 'n volledige inleiding tot die algemene beginsels van deliktuele aanspreeklikheid en die belangrikste verskyningsvorme van delik". Die boek bied in die eerste plek 'n sistematiese en kritiese uiteensetting van die toepaslike beginsels vir gebruik deur studente, maar bevat ook met die oog op die behoeftes van praktisyns verwysings na en besprekings van gesaghebbende bronne.

Hierdie boek is geskryf om 'n leemte wat daar volgens die skrywers tans bestaan, te probeer vul. Hulle wys daarop dat die bekende werk deur McKerron grootliks verouder is, dat Van der Merwe en Olivier se invloedryke werk in sekere opsigte nie meer as handboek vir studente dienstig is nie en dat Van der Walt en Boberg se indrukwekkende bydraes slegs gedeeltes van die delikteregterrein dek. Die regspraak is tot met November 1988 se verslag bygewerk. Erkenning word betuig aan die bydraes van professore WA Joubert en JC van der Walt, wat die grondwerk gedoen het aan drie Unisa-studiegidse oor die deliktereg waarvan die skrywers in sekere opsigte gebruik gemaak het. Het die skrywers daarin geslaag om die leemte wat hulle in die huidige literatuur uitgewys het, met hierdie boek (en die beoogde Engelse weergawe daarvan) te vul?

Die boek begin met 'n *Inleiding tot die deliktereg*, waarin die nodige begripsbepalings, onderskeiding tussen 'n delik en regsverskynsels soos kontrakbreuk en misdaad en 'n kort uiteensetting van die historiese ontwikkeling van deliktuele aanspreeklikheid voorkom. Deel I bestaan uit sewe hoofstukke en dek in net meer as 200 bladsye die handeling, onregmatigheid, skuld (en medewerkende skuld), kousaliteit, skade (vermoënskade en persoonlikheidsnadeel), remedies op grond van delik en mededaders. Deel II bevat drie hoofstukke en behandel in ongeveer 90 bladsye besondere verskyningsvorme van *damnum iniuria datum*, *iniuria* en skuldlose aanspreeklikheid. Die werk bevat 'n bibliografie, lyste met hofbeslissings en wetgewing (met verwysing na die bladsye waarop dit voorkom) en word deur 'n deeglike alfabetiese trefwoordregister afgerond. 'n Ondersoek van die volledige inhoudsopgawe toon dat in hierdie boek al die dinge aangetref sal word wat in so 'n boek verwag kan word. Geen belangrike aspekte is weggelaat of ernstig onderbeklemtoon nie, al is dit so dat die skrywers se voorliefde vir dogmatiese kwessies hier en daar waarneembaar is. Aan suiwer praktykskwessies, soos pleitbesorging en bewyslasoorwegings, word weliswaar nie konsekwent aandag geskenk nie, maar die werk bevat soveel wat ook vir praktisyns van nut kan wees dat die skrywers se primêre onderrigoogmerk hulle nie ten kwade gereken moet word nie. Dit is veral in die voetnote dat standpunte

baie volledig gedokumenteer word, krities ontleed en eie menings gestel word. Ongelukkig word in die vonnisregister nie aangedui op watter plekke die uitsprake indringend bespreek word nie. Om met groot verwagting na die aangeduide plek te blaai, net om te sien dat daar slegs na die uitspraak verwys word, help die gebruiker min. Vetdruk of ander tegnieke kon dalk as onderskeidingsmetode diens gedoen het.

'n Delik word omskryf as " 'n handeling van 'n persoon wat op onregmatige en skuldige wyse nadeel aan 'n ander veroorsaak". Hiermee is geen fout te vind nie. In die lig van wat later volg, moet nou reeds gestel word dat dit deurgaans sinvol is om te stel dat daar *nadeel* gely moet gewees het. Daardie nadeel kan die vorm van vermoënsnadeel en/of persoonlikheidsnadeel hê. Van hierdie eenvoudige stelling maak die skrywers in hoofstuk 6 paragraaf 3, waar dit oor die skadebegrip handel, egter 'n onnodige stukkie dogmatiek.

Ons reg se voorkeur vir algemene aanspreeklikheidsbeginsels in plaas van die beklemtoning van *ad hoc*-reëls vir spesifieke gevalle, word tereg voorop gestel. Om die onderskeid duidelik te maak, word ons tradisionele benadering gestel teenoor die geykte siening van die Engelse deliktereg as 'n kasuïstiese stelsel wat moeilik met veranderde omstandighede tred kan hou. Dat hierdie stukkie regskulturele vooroordeel baie algemeen bestaan, is waar. Nietemin sou dit goed wees om die optimisme oor "ons" stelsel se aanpassingsvermoë ietwat te temper. Om die Engelse stelsel as só strak en soveel slegter as ons s'n voor te stel, moet 'n mens vergeet dat daardie stelsel oor baie eeue reeds *werk*. Die eintlike rede vir ons voorkeur vir die Vastelandse benadering is waarskynlik geleë in die groter bevrediging wat dit aan ons gevoel vir orde en estetiek bied; hierdie voorkeur is, mits ons daarvan en vir die redes daarvoor bewus bly en dit ons nie tot dogmatisme verlei nie, in orde: 'n stelling soos die een dat daar noodwendig altyd 'n duidelike onderskeid tussen vergoeding en straf gemaak kan word (5) en dat enigiets wat nie binne daardie suiwer dogmatiese lyne inpas nie "reste" (5 vn 27) is wat liefs uit ons reg geweer moet word, is onwerklik, want waar pas iets soos ons vergoedende boetes dan in?

Die dogmaties en prakties belangrike kwessie of ons oorgelewerde aksies reeds hulle "logiese eindontwikkeling" bereik het, word op die tradisionele manier aangebied; of ons die regsbeginsels egter beter toepas as wat voorheen die geval was omdat ons voorgangers se regsbeskouing "minder verfynd" was, is nie vanselfsprekend nie. Ofskoon dergelike kultuurmeerderwaardighede taamlik algemeen by ons almal voorkom (en die skrywers dus nie alleen daarvoor kwalik geneem moet word nie), moet nie uit die oog verloor word dat die reg in elke stelsel aan tyd en ruimte gebonde is nie. 'n Mens behoort dus nie vertikale (diachrone) regsvergelyking te doen sonder om die verskille wat deur die verskillende historiese, geografiese, etniese, godsdienstige, ekonomiese en ander omstandighede waarin die verskillende regstelsels funksioneer of gefunksioneer het, te verdiskonteer nie. Vorentoe kan dalk oorweeg word om hieroor versigtiger te formuleer as wat die meeste van ons in die verlede gedoen het.

Die skrywers bied 'n duidelike uiteensetting van die belangrike kwessie van die verdere ontwikkeling van beskerming van die persoonlikheidsgoed wat onder die begrip *dignitas* saamgevat word. Daarop kan beslis voortgebou word in die lig van die waarskuwing dat nie oordryf moet word deur "sodanige persoonlikheidsnadeel op 'n spitsvondige wyse te versnipper" nie (16).

Die skrywers verkies die handelingsbeskouing wat in die geval van outomatisme langs die kousale lyn terugdink totdat daar 'n willekeurige gedraging gevind word (24). Uiteindelik maak hulle dan die vraag of daar by die betrokkene skuld aanwesig was, deurslaggewend vir die handelingsvraag.

Die skrywers se uiteensetting van hulle standpunt oor die regsaard van die verdienvermoë kan, indien dit verder uitgewerk sou word, meehelp om nuwe insigte oor hierdie belangrike kwessie te laat posvat. Hulle lê veral klem op die feit dat die

mens sake kan gebruik om sy lewenstog te verdien, en meen dat sodanige sake dan eintlik meer as blote objekte van saaklike regte word. Tegelykertyd onderbeklemtoon hulle egter die feit dat dit veral sekere persoonlikheids*aspekte* (dit is nie dieselfde as persoonlikheids*goed* nie – sien 42 vn 70, waar laasgenoemde begrip verkeerdelik aan Van der Walt toegedig word, net om die opgestelde strooipop dan weer om te skop) is wat aan iemand 'n sekere verdienvermoë gee. Juis omdat iemand 'n sekere opleiding, vaardigheid, gawes en geleenthede, temperament, ensovoorts het, het hy naamlik die vermoë om byvoorbeeld 'n regsboekery of 'n rekenaar te gebruik om iets mee te verdien. Sonder die nodige middele sou sodanige gawes egter ook nie op dieselfde manier gebruik kon word nie. Om die verband tussen die nodige persoonlikheidsaspekte of -kenmerke en die fisiese middele wat in die verwerwing van inkomste gebruik word, te onderbeklemtoon, neem die saak dus nie verder nie. Die benaming "persoonlike immateriële goed" om die verdienvermoë en kredietwaardigheid mee aan te dui, kan tot die verdere ontwikkeling bydra, maar moet dan nie as 'n verleentheidsoplossing gebruik word nie.

Die bespreking oor onregmatigheid, skuld, medewerkende skuld en kousaliteit sal studente se taak aansienlik vergemaklik.

Die gedeelte oor die skadebegrip (178–181) sal veel makliker verstaanbaar word as die skrywers minder dogmaties daarmee sou omgaan. Ten aanvang is gesê dat hulle omskrywing van die delik met verwysing na die nadeelvereiste volle instemming verdien. Watter ander nut as polemisering dit sou hê om enigsins verder as dit te gaan, klaarblyklik om geen ander rede nie as om te konstateer dat "nadeel" en "skade" vir die skrywers sinonieme is (of dit sinvol is om dit in hierdie konteks as sinonieme te gebruik, is argumenteerbaar), bly steeds onduidelik. Hulle uiteensetting kan baie versterk word as hulle hulle onderskeid tussen vermoënskade en die vergoeding daarvan deur skadevergoeding, persoonlikheidsnadeel en die verskaffing van genoegdoening daarvoor, en die berokkening van pyn en leed en die kompensasie daarvan, verder sou uitwerk en propageer. Dat "kompensasie" kenmerke van sowel skadevergoeding as genoegdoening kan bevat, blyk naamlik duidelik uit hulle uiteensetting. As hierdie aspek duideliker na vore gebring word, kan die skrywers die ontwikkeling 'n goeie stoot vorentoe gee.

Afgesien van enkele halwe of eensydige weergawes van die standpunte van ander (voorbeelde is dié een in verband met die verhaalbaarheid van toekomstige skade in 185 vn 40, en die misplaaste veroordeling (186) van die uitspraak van die appèlafdeling in *Evins v Shield Insurance Co Ltd* 1980 2 SA 814 (A)), is die hantering van die stof oor die algemeen volledig, ewewigtig en billik. Die skrywers het reeds self aangedui dat die wysiging van artikel 50 van die Elektrisiteitswet 40 van 1958 deur artikel 19(a) van Wet 54 van 1986, wat aanvanklik uit die oog verloor is, as 'n *erratum* in alle eksemplare van die boek geplaas sal word. Sodanige noukeurigheid toon waarom die boek met vertroue as 'n inligtingsbron gebruik kan word.

Die boek lees maklik en die taalgebruik is keurig. Die uiteensetting dra ook tot die hanteerbaarheid daarvan by. Dit sal beslis vir studente van groot nut wees. Enigeen wat hom weer ten opsigte van die kwessies wat in die boek behandel word op die hoogte wil stel, sal in hierdie boek veel vind wat hom tot verdere nadenke prikkel. Al kan nie altyd met die skrywers se sienings saamgestem word nie, lei dit geen twyfel hoegenaamd nie dat hulle ons regsliteratuur met 'n waardevolle bydrae verryk het. Daarvoor verdien hulle elkeen se dank en ondersteuning.

CFC VAN DER WALT
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

THE ISLAMIC LAW OF SUCCESSION AND ITS APPLICATION IN SOUTH AFRICA

by MS OMAR

Butterworths Durban 1988; viii and 105 pp
Price R35,00 + GST (soft cover)

This book was written in order to fill a need experienced by both lawyers and accountants (v). The first part of the book (ch I–VIII), dealing with the Islamic law of succession within the South African legal system, is aimed specifically at this group. The second part of the book deals with the substantive rules of the Islamic law of succession, and here the author aims at practitioners and non-practitioners alike.

In chapter I the author briefly states the basic aspects of the Islamic law of succession, for example that its source is the "Quran, the revealed word of God" (3) and that it differs from the South African law of succession in that freedom of testation and succession by representation are not recognised (3 and 4). In the next chapter, examples are given of conflict situations that can arise owing to the great difference between South African and Islamic law of succession. In chapter III the author discusses the voluntary aspect of Islamic law of succession, namely the right of every Muslim to bequeath one-third of his property to natural or juristic persons of his choice, excluding his heirs under Islamic law. Poor and needy persons, as well as charitable, religious and educational institutions are often the beneficiaries of this type of bequest.

The next two chapters deal with the correct way to draft a will in accordance with Islamic law where the testator is married out of community of property (ch IV), or in community of property (ch V). According to the author, a system of community of property is contrary to the basic principles of Islamic law. The author therefore suggests that parties married in community of property either change their matrimonial property regime in terms of section 21 of the Matrimonial Property Act 88 of 1984, or make a joint will, disposing of the joint estate in terms of Islamic law of succession. Chapter VI illustrates, by way of an example, how a matrimonial property regime can be changed in terms of section 21 of the Matrimonial Property Act 88 of 1984.

In terms of the Matrimonial Property Act every marriage contracted out of community of property after the commencement of the act, is subject to the accrual system, unless the system is expressly excluded. It is suggested that the author could, for the sake of completeness, have discussed whether the drafting of a will for an Islamic testator whose marriage is subject to the accrual system, would be influenced, and if so, how.

Chapter VII deals briefly with the drafting of testamentary trusts in accordance with Islamic law and also points out that, as a rule, testamentary trusts are allowed in Islamic law only in cases of necessity. The last chapter of part I discusses two miscellaneous issues: marriages not solemnised under the Marriage Act 25 of 1961, and the payment of minors' shares.

Although the first part of the book is not every extensive, it should prove useful to the target group. In particular, the numerous examples and explanatory notes on the different provisions discussed should assist practitioners. A minor point of criticism is that the author is not consistent in his mode of citation of legislation. Sometimes the full citation is used, for example, Matrimonial Property Act 88 of 1984 (17); but in most instances the author uses a shortened version, for example: Matrimonial Property Act 1984 (14); Marriages Act 1961 (25); or Age of Majority Act 1972 (26).

In the second part of the book, dealing with the substantive rules of the Islamic law of succession, the author commences by briefly defining the three categories of Islamic heirs, namely "Quranic heirs", "residuaries" and "Uterine relations" (chapter IX).

In chapter X the author discusses the general principles of Islamic law of succession, and in chapters XI and XIV the rules of devolution as it relates to Quranic heirs, residuaries and uterine relations are discussed. These rules are rather complicated, and on reading through them one cannot but agree with the remark of Sir William Jones, quoted in the preface to the book, that

> "the Islamic Law of Inheritance comprises . . . the most refined and elaborate system of rules for the devolution of property that is known to the civilised world".

The author gives a very useful "Table of Quranic heirs" at the end of the book (99) that summarises the conditions under which the different Quranic heirs can inherit, as well as the shares that they take in the differing circumstances.

Chapter XV deals with the devolution of a vested inheritance. Then the doctrine of return (ch XVI), the doctrine of increase (ch XVII) and the doctrine of exclusion (ch XVIII) are dealt with briefly.

Three miscellaneous issues, namely the position of the unborn child, the effect of simultaneous deaths on the devolution of estates and the position of the illegitimate child are discussed in chapter XIX. The author might have pointed out that on the first two issues Islamic and South African law of succession offer the same solutions, but that they differ on the last issue. Under Islamic law of succession an illegitimate child can inherit only from his mother's side. In terms of section 1(2) of the Intestate Succession Act 81 of 1987, illegitimacy does not affect the capacity of a blood relation to inherit the intestate estate of another blood relation. It is also settled law that an illegitimate child may inherit under the wills of both his mother and his father. This difference in approach creates the possibility that a conflict situation may arise.

The last chapter of the book deals with the executor. Here the author gives an extensive quotation from the *Durr-Ul-Mukhtaar*, a leading work on Islamic law, together with an English translation. Comments are given in the form of footnotes.

On the whole the book makes a very neat impression. It will probably be of interest to only a limited group of people, but its publication is nevertheless justified by the fact that neither of the other two publications in English on this subject was written specifically for the South African legal practitioner. The book can therefore be recommended to practitioners who have to draw up wills for Muslim clients, and academics with a specific interest in Islamic law.

ANNELIESE ROOS
University of South Africa

INLEIDING TOT DIE STUDIE VAN AKTEBESORGING

deur RC LAURENS

Tweede uitgawe; Butterworths Durban 1988; xxii en 145 bl

Prys R52,00 + AVB (slegs sagteband)

Met die tweede uitgawe van hierdie boek bou Laurens voort op die suksesvolle eerste uitgawe. In die voorwoord tot die eerste uitgawe word gestel dat die boek hoofsaaklik bestem is om as 'n hulpmiddel by die voorbereiding vir die aktevervaardigerseksamen te dien. Alhoewel kandidate vir hierdie eksamen uiteraard heelwat bykomende leerstof moet bemeester, is dit beslis 'n nuttige handleiding met betrekking tot die basiese beginsels van aktebesorging en word die belangrikste statutêre maatreëls en praktyksvoorbeelde van aktedokumente sistematies en kernagtig uiteengesit. Die boek kan verder aanbeveel word as 'n studentehandleiding by universiteite waar 'n kursus in aktereg aangebied word.

Die tweede uitgawe is genoodsaak deur ingrypende ontwikkelings wat die afgelope vyf jaar op die gebied van die aktereg plaasgevind het. Dit sluit onder meer die inwerkingstelling van die nuwe Wet op Deeltitels 95 van 1986, die Wet op Bouvereenigings 82 van 1986, die Ordonnansie op Dorpsbeplanning en Dorpe (Transvaal) 15 van 1986, die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984, die Wet op Beslote Korporasies 69 van 1984 en die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 in. Daarbenewens is die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937, die Wet op die Beheer van Aandeleblokke 59 van 1980 en die Wet op die Beheer van Eiendomstydsdeling 75 van 1983 in belangrike opsigte gewysig.

Alhoewel daar in die voorwoord gestel word dat die boek hoofsaaklik as 'n praktykshandleiding en -verwysingsbron beoog word, is daar dikwels blyke van diepgaande teoretiese insig wat soms by veel omvangryker boeke oor hierdie onderwerp ontbreek. Die outeur beklemtoon die feit dat die aktereg nie slegs die kennis van 'n wye verskeidenheid statutêre maatreëls verg nie, maar deurentyd op belangrike gemeenregtelike beginsels berus. Laurens slaag daarin om sy praktykservaring met die tersaaklike gemeenregtelike en teoretiese grondslae te kombineer.

Die eerste twee hoofstukke, wat onderskeidelik oor die beheer oor en formaliteite in verband met die vervreemding van grond en die aard en herkoms van die Suid-Afrikaanse akteregistrasiestelsel handel, bied goeie voorbeelde van die gemeenregtelike en teoretiese feitekennis waaroor enige student in die aktereg moet beskik. Dit is egter noodsaaklik dat hierdie gedeeltes slegs as 'n verwysingsraamwerk gebruik word en dat die statutêre maatreëls en literatuur waarna in die voetnote verwys word, bykomend geraadpleeg moet word ten einde genoegsame kennis vir byvoorbeeld die aktevervaardigerseksamen te verwerf. Dit blyk duidelik dat die outeur beoog het dat studente die leerstof in die boek selfstandig behoort aan te vul om genoegsame kennis vir eksamendoeleindes op te doen. Die outeur se bondige skryfstyl bied egter die bykomende voordeel dat die boek vir die besige praktisyn as 'n vinnige naslaan- en verwysingsbron kan dien.

Die beklemtoning van die aard van die Suid-Afrikaanse registrasiestelsel as 'n negatiewe stelsel en die feit dat die Suid-Afrikaanse reg 'n abstrakte stelsel van eiendomsoorgang navolg, wat meebring dat die akteregisters nie 'n volledige beeld

en waarborg van alle eiendomsoorgang verskaf nie (31), word onderskryf. Hierdie kenmerke dui daarop dat daar nie sonder meer aanvaar kan word dat die Suid-Afrikaanse registrasiestelsel 'n titelregistrasiestelsel is nie (soos deur verskeie ander outeurs beweer word), maar dat dit eerder as 'n akteregistrasiestelsel met verskeie elemente van 'n titelregistrasiestelsel, of 'n gekombineerde akte/titelregistrasiestelsel aangemerk behoort te word.

Hoofstukke drie tot ses, wat handel oor die transportakte, meegaande dokumente, buitengewone oordragte, verdelingstransporte en vervangende titelbewyse, bied myns insiens 'n duidelike en verstaanbare oorsig van die heersende opstel- en registrasievereistes ten opsigte van die oordrag van grondstukke. In enkele gevalle kon die outeur meer inligting en toepaslike voorbeelde verskaf het (veral met die oog op gebruik deur universiteitstudente wat nie oor praktiese voorbeelde van aktedokumente beskik nie), byvoorbeeld by oordrag deur aantekening (hfst 4), verbande (hfst 7), diensbaarhede (hfst 8) en minerale regte (hfst 10). In al hierdie gevalle sal 'n student slegs die begrippe en voorskrifte verstaan indien hy 'n stel toepaslike praktyksvoorbeelde byderhand het.

Die basiese beginsels met betrekking tot deeltitels, aandeleblokke en eiendomstydsdeling word verstaanbaar uiteengesit (hfst 11). 'n Aspek wat die outeur myns insiens meer moes beklemtoon het, is die beperkte saaklike reg van uitbreiding van 'n deeltitelskema (119). Aangesien sodanige uitbreidingsreg 'n ingrypende uitwerking het en daar by talle deeltitelskemas daarvan gebruik gemaak word, sou 'n vollediger uiteensetting van die aard en omvang van hierdie nuwe beperkte saaklike reg baie nuttig te pas gekom het.

'n Kort uiteensetting van aspekte soos huurkontrakte (hfst 9), myntitels (hfst 12), huweliksvoorwaardes (hfst 13) en huurreg (hfst 14) behoort vir studente besonder bruikbaar te wees. Uit 'n sistematiese oogpunt beskou, sou huurpag (13–17) beter by laasgenoemde hoofstuk tuisgehoort het. Weens die toenemende belang van die registrasie van huurpag en die omskepping daarvan in eiendomsreg, asook die omvangryke statutêre maatreëls en die onkunde en verwarring wat tans by baie praktisyns in hierdie verband bestaan, behoort daar oorweging geskenk te word aan die moontlikheid om in 'n volgende uitgawe meer aandag hieraan te skenk.

Die outeur het van 'n bondige, maklik leesbare skryfstyl gebruik gemaak en die voetnote is duidelik en verstaanbaar. Die boek vertoon netjies, die setwerk is aantreklik en daar kom min setfoute voor. In vergelyking met ander boeke van dieselfde omvang is die prys egter ietwat hoog – *Testamente: 'n kort begrip* deur NJ Wiechers (134 bl) en *Censorship in South Africa* deur JCW van Rooyen (152 bl) kos byvoorbeeld onderskeidelik R28,00 + AVB en R34,95 + AVB.

Hierdie boek sal bepaald nuttig gebruik kan word deur kandidate vir die aktevervaardigerseksamen en universiteitstudente. Selfs praktisyns sal dit as 'n handige naslaan- en verwysingsbron kan aanwend. Ek kan dit met vrymoedigheid aanbeveel by enige juris met 'n belangstelling in die Suid-Afrikaanse aktereg.

GERRIT PIENAAR
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

ERFREG VONNISBUNDEL – CASEBOOK ON THE LAW OF SUCCESSION

deur DSP CRONJÉ en ANNELIESE ROOS

Universiteit van Suid-Afrika 1988; xxvi en 475 bl

Prys R35,00 + AVB

Soos uit die titel blyk, het die outeurs besluit om die boek in Engels en Afrikaans in dieselfde uitgawe te publiseer ten einde koste en plek te bespaar. Dit is die eerste vonnisbundel in Afrikaans oor die erfreg en kan as sodanig verwelkom word.

Die kombinasie van Engelse en Afrikaanse gedeeltes is goed geïntegreer en hoegenaamd nie steurend nie. Die outeurs gee telkens die saaknommer en saaknaam gevolg deur 'n opskrif in vet druk waaruit die relevante regsvraag spreek. Om 'n voorbeeld te noem: "**[87] EX PARTE MOUTON** 1955 4 SA 460 (A)" en daaronder "**Geldigheid van voorwaardes**" en "**Validity of conditions**". Die feite-opsomming van elke saak word vervolgens kortliks dog volledig in albei tale gegee. Dit word gevolg deur 'n toepaslike uittreksel uit die uitspraak in die taal waarin die uitspraak gerapporteer is. Hierna volg daar in feitlik elke geval 'n aantekening deur die outeurs oor die regsvraag en ander verbandhoudende onderwerpe. Die aantekeninge is besonder leersaam, veral vir die student wat 'n spesifieke vonnis in verband met 'n onderwerp moet bestudeer. In die aantekeninge word die bepaalde onderwerp waaroor die saak handel, kortliks bespreek hetsy met goedkeuring, kritiek of vergelykenderwys met ander toepaslike sake en verskillende skrywers se standpunte. In die gedeelte word ook gebruik gemaak van kruisverwysing na ander sake wat in die boek bespreek word.

Tweetaligheid word deurgaans in die boek gehandhaaf. In die inhoudsopgawe word dié gebruik effens steurend gevind aangesien daar nie 'n indeling in hoofstukke is nie maar die indeling onderwerpsgewys gekategoriseer word. In die inhoudsopgawe word die sake genommer en die nommers word dan later in die boek gebruik as die verwysingsnommer van die betrokke saak. Hiernaas volg 'n volledige alfabetiese vonnisregister met die bladsy waarop die saak bespreek word in vet druk. Ek sê "volledig" aangesien sake wat nie spesifiek bespreek word nie, maar waarna in die aantekeninge verwys word, ook in die vonnisregister opgeneem is. Die sistematiek van die onderwerpsvolgorde is gebaseer op die Erfregstudiegids van Unisa. 'n Mens sou egter verwag dat 'n onderwerp soos "Testeerbevoegheid" voor aspekte soos die "Attestasieklousule" en die "Wysiging en Herroeping van Testamente" behandel sou word. Die onderwerpe wat behandel word, is die volgende: vermoede van dood en volgorde van oorlye, testamentêre geskrif, getuies, die sertifikaat, handtekening, end van die testament, attestasieklousule en gedeeltelike geldigheid van 'n testament, die wysiging en herroeping van testamente, die herstel van 'n herroepe testament, testeerbevoegdheid en delegasie daarvan, bevoegheid om te erf en bemaking aan 'n klas persone, vestiging en vervroeging van voordele, wysiging van testamente deur die hof en begunstigdes en eise deur kinders vir onderhoud teen hul vader se boedel. Die verskillende inhoudsbepalings en verbandhoudende aspekte word ook gedek, soos die legaat, voorwaarde, *modus* en substitusiebepalings wat insluit direkte substitusie en fideikommissêre substitusie, die trust en boedelsamesmelting. Hiernaas

word belangrike aspekte ten opsigte van aanwas, die uitleg van testamente, die *pactum successorium* en verwante aspekte asook inbring bespreek.

Die boek kan met die grootste vrymoedigheid aanbeveel word nie net as 'n handige en bruikbare werk vir studente wat heel dikwels hulle pad moet vind tussen 'n magdom van sake wat gelees moet word nie, maar ook vir die praktisyn wat kennis oor 'n onderwerp wil inwin. Die vonnisse wat aangehaal en bespreek word, is nie 'n uitputtende versameling op die gebied nie, maar getuig van 'n selektiewe oordeel aan die kant van die outeurs. Die belangrike sake wat nie spesifiek in die vonnisregister opgeneem is nie, word in die aantekeninge behandel, wat tot gevolg het dat feitlik alle onderwerpe volledig gedek word.

LINDA SCHOEMAN
Universiteit van Pretoria

SEYMOUR'S CUSTOMARY LAW IN SOUTHERN AFRICA

by JC BEKKER

Fifth edition; Juta Cape Town 1989; lxix and 441 pp
Price R78,00 + GST (soft cover)

The fifth edition of this classic treatise appears at an appropriate time, this is to say, after a tidal wave of legislation affecting the application of African customary law in the Southern African region. Worth mentioning here are the Small Claims Courts Act 61 of 1984, the Special Courts for Blacks Abolition Act 34 of 1986, the Matrimonial Property Amendment Act 3 of 1988, and the Law of Evidence Amendment Act 45 of 1988 (South Africa); the Succession Act 23 of 1982 (Bophuthatswana); the Regional Authorities' Courts Act 13 of 1982 and the Chiefs' Courts Act 6 of 1983 (Transkei); the Administrative Authorities Act 37 of 1984 (Ciskei); the Traditional Authorities Act 2 of 1984 and the Traditional Hearings of Civil and Criminal Cases by Iingwenyama, Amakhosi Amakhosana and Iinduna Act 3 of 1984 (KwaNdebele); and the KwaZulu Act on the Code of Zulu Law 16 of 1986, as well as its Natal counterpart, the Natal Code of Zulu Law (Proc R 151 of 1987).

What is the role of legislation in respect of African customary law, one may ask. For the "purist", only customary law in its autonomous or "folk" version will be worthy of study. However, for more than a century, a governmental or "official" version of African customary law, as expressed in case law and legislation, has been in operation, has acquired a life of its own and for purposes of administering justice has gained the upper hand (see 1987 *CILSA* 405–410).

Seymour's work has always been a leading English text on official customary law, but its present editor underlines its "bold undertaking to integrate case law and statutory law (sometimes called official law) with traditional custom" (preface vi). However, the official customary law and its concomitant "internal conflict rules" continue to receive preferential treatment. The customary law under discussion is "private" customary law, with the emphasis on the laws of Nguni-speakers.

To live up better to the title "Customary law in Southern Africa", subsequent editions should treat other than Nguni manifestations of African customary law in Southern Africa, notably those of Sotho-speakers, more prominently, and should, in addition, incorporate Botswana, Lesotho and Swaziland whose exclusion has never

been warranted. It is true that Seymour has gradually gained weight and that to add more pages may cause the printer problems. Perhaps the time has arrived for a separate edition which will concentrate on the customary laws of the Sotho-speaking groups.

The bibliography, which refers to a wealth of publications relating to the various customary laws of Southern Africa and internal conflict of laws problems, is obviously a selected bibliography compiled mainly from local sources. Quite a number of the publications referred to, however, are of limited or historic interest or of no relevance to the publication at hand. For example, under "articles and notes", what is the relevance of an article on chieftainship in Caprivi? On the other hand, why is there no reference under "books" to TW Bennett's seminal treatise *The application of customary law in Southern Africa* (1985)?

The few criticisms apart, this publication is to be strongly recommended to judicial officers, legal practitioners, public administrators, law teachers and students. In terms of section 1(1) of the Law of Evidence Amendment Act 45 of 1988, all South African courts may now take judicial notice of African customary law "in so far as such law can be ascertained readily and with sufficient certainty". Seymour's fifth edition, so skilfully edited by professor Jan Bekker, will facilitate the courts' task enormously and contribute greatly to the future application of a form of law which at last has been recognised as part of the overall legal system.

AJGM SANDERS
Institute of Foreign and Comparative Law
University of South Africa

WET OP DEELTITELS 95 VAN 1986
en die regulasies uitgevaardig kragtens die Wet
saam met 'n register

saamgestel en geredigeer deur GRAHAM PADDOCK

Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1988; 334 bl
Prys R68,00 + AVB (losblad)

Die Wet op Deeltitels 95 van 1986 word in hierdie publikasie saam met die regulasies en reëls as deel van Juta se Wetgewingsdiens uitgegee. Die wet en regulasies word op teenoorstaande bladsye in Engels en Afrikaans weergegee, en is in afsonderlike afdelings in 'n losbladbinder saamgevoeg. Die binder bevat ook 'n verdere afdeling wat vir 'n sakeregister voorsiening maak (daar is nog geen sake in die register opgeneem nie), asook 'n trefwoordregister. Die teks is in 'n leesbare lettertipe geset en sal ongetwyfeld makliker hanteer as wat met die standaarduitgawe van die statute die geval is. Die losbladformaat en die beoogde hersieningsdienste sal gebruikers in staat stel om hulle eksemplaar van die wet op datum te hou, en die sakeregister sal 'n waardevolle hulpmiddel by die gebruik van die wet wees. Hierdie publikasie sal deur alle praktisyns wat gereeld met die wet werk, verwelkom word, en sal ook deur akademici gebruik word. Die regsfakulteite wat aan LLB-studente 'n kursus in deeltitels aanbied, kan die publikasie by hulle studente aanbeveel.

AJ VAN DER WALT
Universiteit van Suid-Afrika

BROMLEY'S FAMILY LAW

by PM BROMLEY and NV LOWE

Seventh edition; Butterworths London 1987; lvi and 793 pp

Price £21,95 (soft cover)

Bromley's family law has long been regarded as one of the most authoritative textbooks in the field of English family law. Bromley has been joined by a co-author for the first time in this edition of the work.

The textbook is divided into three parts:

- Husband and Wife
- Children
- Property and Financial Provision

The new edition differs markedly from the sixth edition as regards content and structure. For example, the part of the work that deals with the law relating to children has been rewritten to a large extent, a chapter dealing with domestic violence has been introduced, and the ownership and occupation of the matrimonial home and the differences between the position of spouses and cohabitants are dealt with in more detail. New legislation such as the Matrimonial and Family Proceedings Act 1984, the Children and Young Persons (Amendment) Act 1986, the Family Law Act 1986 and the Family Law Reform Act 1987 as well as new case law are also covered. In short, the latest edition of *Bromley's family law* is an invaluable up-to-date textbook. The relatively few typographical errors, for example "persent" for "present" in the 2nd last line of the text on 332, "alcholic" for "alcoholic" in the 32nd line on 399 and "cus" for "custody" in the 2nd line on 777, do not detract from the quality of the work.

J HEATON
University of South Africa

Die mededingingsprinsiep en die *boni mores* as onregmatigheidsnorme by onregmatige mededinging*

HJO van Heerden
BA LLB LLD
Regter van die Appèlafdeling van die Hooggeregshof van Suid-Afrika

SUMMARY

The competition principle and the *boni mores* as criteria for wrongfulness in regard to unlawful competition

At present the courts determine wrongfulness in regard to unlawful competition by reference to the general criterion for wrongfulness in our law, namely the *boni mores* or *reasonableness* criterion ("public policy" or "the general sense of justice of the community"). This application of the general criterion is to be welcomed. However, this criterion is so vague and wide that it does not in itself provide a rational yardstick for the delimitation of the right to goodwill in the area of conflicting interests of competitors.

It is suggested that the *competition principle* can serve as such a yardstick in most cases. This principle implies that the competitor who delivers the best and/or most fair performance, must be victorious in the competition struggle; the one who offers the worst performance, must suffer defeat. *Performance competition* should thus in general be decisive with regard to the question whether the conduct of one competitor is wrongful as against another.

Aan die einde van die vyftigerjare het ek as entoesiastiese maar onervare jong juris riglyne probeer neerlê vir die afbakening van onregmatige mededinging.** Hoewel ek nie die nut van 'n soepele norm soos die sorgvuldigheidsformule van die Nederlandse reg en die goeie sedes-norm van die Duitse reg betwis het nie, was my beswaar daarteen dat so 'n kriterium nie rasionele gesigspunte bied vir 'n regsoordeel oor die al of nie onregmatigheid van 'n mededingingshandeling nie. Ek het dus aan die hand van die mededingingsprinsiep, waaroor later meer, getrag om 'n meer konkrete afgrensingsmaatstaf te formuleer.

Na dertig jaar het ek 'n ietwat veranderde siening. Regsekerheid vereis natuurlik dat regsnorme sover moontlik 'n konkrete inhoud moet hê sodat hulle by wyse van 'n logiese denkproses toegepas kan word. Ongelukkig leer die ondervinding dat die lewenswerklikheid hom nie so maklik laat beheers nie. Menige juris wat 'n konkrete norm as 'n "cure all" vir 'n bepaalde regsgebied

---

* Referaat gelewer by geleentheid van 'n seminaar oor onregmatige mededinging aangebied deur die Departement Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika, op 1989-11-03.

** Sien *Grondslae van die mededingingsreg* (LLD-proefskrif UOVS 1958; HAUM 1961) (redakteur).

voorgestaan het, moes dan ook later tot die besef kom dat die norm nie 'n antwoord bied vir al die uiteenlopende feitekomplekse wat hul in die praktyk voordoen nie. Ek betwyfel vandag dus of 'n regstelsel sonder 'n aantal oorheersende, soepele kriteria kan klaarkom. 'n Mens hoef, wat ons reg betref, slegs te dink aan die redelikheidsformule waarvolgens nalatigheid in die straf- en deliktereg bepaal word, en die wesentlikheidsbegrip waarvolgens soms vasgestel moet word of die onskuldige party weens die ander party se kontrakbreuk uit hul ooreenkoms mag terugtree.

Nietemin bly dit die taak van regsgeleerdes om ter konkretisering van soepele norme te soek na addisionele kriteria wat in die praktyk rasioneel aangewend kan word. Ek kom later by die vraag of, in die lig van relevante gewysdes van die laaste drie dekades, die mededingingsprinsiep wel 'n nuttige funksie kan vervul. Op hierdie stadium is dit egter gewens om na te gaan welke onregmatigheidskriterium of -kriteria in die regspraak toegepas word.

In *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchant's Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd*[1] het regter Corbett die volgende gesê:

> "Fairness and honesty are . . . somewhat vague and elastic terms but, while they may not provide a scientific or indeed infallible guide in all cases to the limits of lawful competition, they are relevant criteria which have been used in the past and which . . . may be used in future in the development of the law relating to competition in trade."

Dit is moeilik om te dink aan 'n geval waarin 'n oneerlike mededingingshandeling wat inwerk op die werfkrag van 'n ander se onderneming nie ook onregmatig is nie. Die omgekeerde is egter nie waar nie: sodanige handeling kan onregmatig wees ook by ontstentenis van enige vorm van oneerlikheid. Dit is daarom, meen ek, dat regter Corbett dit nodig gevind het om as 't ware ook 'n billikheidskriterium te betrek. 'n Soortgelyke opvatting blyk uit 'n latere uitspraak van regter Diemont.[2]

In *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd*[3] het regter Theron egter tot die slotsom gekom dat die begrippe "fairness" en "honesty" nie disjunktief in die *Dun*-saak gebruik is nie. Wat in laasgenoemde saak te kenne gegee is, sê regter Theron[4]

> "was rather that competition which was unfair *and* dishonest could be considered to be illegal".

In 'n toonaangewende uitspraak het regter Van Dijkhorst hom met hierdie siening vereenselwig: *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd.*[5] Ek kan, met eerbied, nie akkoord gaan nie. Regter Corbett het spesifiek verwys na "criteria such as fairness and honesty in competition", en aangesien 'n oneerlike mededingingshandeling nouliks 'n billike een kan wees, sou hy met "honesty" volstaan het indien hy nie 'n tweede kriterium in die oog gehad het nie.

Aan die ander kant is McKerron[6] se kritiek op die *Dun*-benadering ongegrond. Hierdie outeur se beswaar is dat ons reg nie onbillike, in teenstelling tot onregmatige, mededinging as deliksvorm erken nie, en dat in die Engelse regspraak telkemale tereg beklemtoon is dat

1 1968 1 SA 209 (K) 218–219.
2 *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd* 1972 3 SA 152 (K) 161.
3 1977 2 SA 221 (K).
4 249 (my kursivering).
5 1981 2 SA 173 (T) 186.
6 *The law of delict* (1971) 271–272.

> "in cases relating to trade competition . . . the courts are not concerned with the propriety on ethical or social grounds of what the parties to the action have done . . ."

Onbillikheid is uiteraard primêr 'n pre-juridiese begrip. Vir die individu is 'n handeling onbillik indien dit in stryd met sy morele opvatting is. Ek meen egter nie dat regter Corbett 'n moreel afkeurenswaardige met 'n onbillike mededingingshandeling gelyk wou stel nie. Veeleer was "fairness" vir hom 'n kriterium waarvolgens bepaalde gedrag as regtens onbillik en derhalwe onregmatig gebrandmerk sou kon word.

In die *Atlas*-saak het regter Van Dijkhorst hom soos volg uitgelaat:[7]

> "If fairness is to be the criterion which is to be applied, we would be lost in a sea of uncertainty. The individual regards as unfair that which is contrary to his moral convictions. But whose convictions are then to be decisive? A particular individual might regard as unfair trade practices commonly accepted in his society, e g, governmental competition with private enterprise or a price war between a chain store and a small corner grocery shop, where the outcome is the inevitable demise of the latter. Yet these are well-known phenomena. Unfairness *per se* cannot in my view be the criterion."

Sy uiteindelike gevolgtrekking is soos volg geformuleer:[8]

> "I have come to the conclusion that the norm to be applied is the objective one of public policy. This is the general sense of justice of the community, the *boni mores*, manifested in public opinion."

Die voordeel van hierdie formulering is dat die klem val op 'n regsoordeel en nie op 'n suiwer morele oordeel nie. 'n Mens sou egter net sowel kon sê dat mededinging onregmatig is indien dit volgens die regsoortuiging van die gemeenskap onbillik of onbetaamlik is. Indien 'n mens steeds voor oë hou dat 'n onbillike handeling regtens nie altyd dieselfde is as 'n handeling wat volgens 'n morele oordeel – selfs die oordeel van 'n deursneemens – onbillik is nie, kom dit dus nouliks daarop aan of 'n mededingingshandeling getoets word aan 'n billikheidskriterium of aan openbare beleid. Welke woordlui ook al verkies word, lê die probleem nie soseer by die formulering nie as by die toepassing van die kriterium.

Regter Van Dijkhorst se konklusie het heelwat instemming in die regspraak uitgelok.[9] In *Schultz v Butt*[10] het die appèlhof egter as 't ware die *Dun*-kriteria met die *Atlas*-formulering versoen. Waarnemende appèlregter Nicholas het naamlik gesê:[11]

> "In judging of fairness and honesty, regard is had to *boni mores* and to the general sense of justice of the community . . ."

Instemming is ook betuig met Van der Merwe en Olivier[12] se standpunt dat die regsgevoel van die gemeenskap "opgevat moet word as die regsgevoel van die gemeenskap se regsbeleidmakers, soos Wetgewer en Regter". Die uiteindelike slotsom[13] in die *Schultz*-saak was dat "there can be no doubt that the community would condemn as unfair and unjust" die gewraakte optrede van die appellant.

---

7 187.
8 188.
9 Sien bv *Silver Crystal Trading (Pty) Ltd v Namibia Diamond Corporation (Pty) Ltd* 1983 4 SA 884 (D) 888; *Aercrete South Africa (Pty) Ltd v Skema Engineering Co (Pty) Ltd* 1984 4 SA 814 (D) 822; *Elida Gibbs (Pty) Ltd v Colgate Palmolive (Pty) Ltd (I)* 1988 2 SA 350 (W) 357.
10 1986 3 SA 667 (A).
11 679.
12 *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 58 vn 99.
13 683.

In die latere gewysdes is daar dan ook weer direkte beroepe op die "fairness" en "honesty" kriteria.[14]

Die erkenning van 'n oorheersende soepele maatstaf waarvolgens regmatige van onregmatige mededinging afgegrens word, is te verwelkom. Baie skrywers het reeds melding gemaak van die Proteusaard van onregmatige mededingingshandelinge wat, weens immer sneller groeiende tegniese ontwikkeling, in nuwe of veranderde vorm hul verskyning maak. Opvattings oor wat regtens in die mededingingstryd gedoog kan word, is ook nie staties nie. Soos egter aanstons aangetoon sal word, is die leemte van die soepele maatstaf dat dit 'n rasionele substraat ontbreek. Dit is so of 'n mens nou ook al oordeel volgens die regsoortuiging van die gemeenskap, of volgens effens meer gekonkretiseerde regskriteria soos oneerlikheid en onbillikheid wat ook maar uit daardie oortuiging te herlei is. 'n Aanvullende maatstaf is dus wenslik.

In die verbygaan dien daarop gewys te word dat 'n grondnorm vir die ganse deliktereg uit die regsoortuiging van die gemeenskap geëkstraheer word. In *Marais v Richard*[15] het die appèlhof naamlik by monde van appèlregter Jansen verklaar dat die grense van onregmatigheid gesoek moet word "in die toepassing as grondnorm van wat die 'algemene redelikheidsmaatstaf' genoem kan word". 'n Konklusie dat gedrag onredelik of onbetaamlik of onbillik is, leer 'n mens egter weinig van die rede waarom die gedrag as sodanig getipeer word. Met volle besef van die nuttigheid van 'n oorkoepelende, soepele norm sal weinig juriste seker aanvoer dat slegs die redelikheidsmaatstaf in die deliktereg toegepas hoef of behoort te word.

Alvorens ek my by die mededingingsprinsiep bepaal, dien gewys te word op enkele ontwikkelings in ons regspraak in die laaste 30 jaar wat vir huidige doeleindes van belang is. In eerste instansie is daar die erkenning, sy dit dan ook nie altyd eksplisiet nie, van die subjektiewe reg van onder andere 'n mededinger op die werfkrag van sy onderneming. So byvoorbeeld het hoofregter Steyn in *Geary and Son (Pty) Ltd v Gove*[16] dit gehad oor 'n mededinger se "right to attract custom". En in *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk*[17] is die reg op die werfkrag van 'n onderneming in soveel woorde erken. Hierdie ontwikkeling is belangrik omdat die soeke na onregmatigheidskriteria vir mededingingshandelinge in verband gebring kan word met die aard en funksie van 'n besondere subjektiewe reg in mededingingsverband.

Tweedens is daar die erkenning dat 'n mededingingshandeling onregmatig kan wees selfs in die afwesigheid van 'n verwytbare gesindheid by die dader. Ek het hierbo gesê dat die formulering in die *Atlas*-saak die verdienste het dat dit die klem op 'n regsoordeel laat val. Hierdie stelling kan soos volg toegelig word. Regsnorme, as norme van regmatige gedrag, stel eise aan die uitwendige gedrag van die mens. Daarom is die gesindheid van die dader in die reël nie ter sprake nie wanneer besin word oor die vraag of sy handeling strydig met die norm is. Word 'n morele oordeel egter gevel, kom ander faktore, en veral die dader se gesindheid, ter sprake. Trouens, in meeste gevalle word gedrag as moreel afkeurenswaardig beskou slegs as die dader met 'n laakbare gesindheid opgetree

14 *Pepsico Inc v United Tobacco Co Ltd* 1988 2 SA 334 (W) 349; die *Gibbs*-saak *supra* 358.
15 1981 1 SA 1157 (A) 1168.
16 1964 1 SA 434 (A) 440; sien ook die *Atlas*-saak *supra* 182.
17 1977 4 SA 376 (T) 386.

het. 'n Onregmatigheidskriterium wat 'n direkte beroep op die moraal doen, loop gevolglik die gevaar dat 'n skuldvereiste by die norm ingeweef word.

Daarom is die uitspraak in *Elida Gibbs (Pty) Ltd v Colgate Palmolive (Pty) Ltd*[18] te verwelkom. In daardie saak het die eiser interdikte teen die verweerder aangevra. Die partye was mededingers en een stut van die aksie was dat die verweerder in advertensies verkeerdelik 'n bepaalde attribuut aan sy produk toegeskryf het. Die eiser het egter nie beweer dat die verweerder opsetlik, of selfs nalatig, opgetree het nie. Namens die verweerder is betoog dat die maak van misleidende reklame nie onregmatig teenoor 'n mededinger kan wees nie tensy 'n element van opset aanwesig is. Regter Van Schalkwyk het dié betoog verwerp en tereg die volgende gesê:[19]

> "Where . . . a misstatement of fact relates to a fundamental or intrinsic quality of the wares to be sold, thereby providing the advertiser with a competitive advantage, a plaintiff should not be non-suited merely because the deception was innocent."[20]

Na 'n lang aanloop kom ek uiteindelik by die mededingingsprinsiep. Ek beoog nie om te herhaal wat ek in my proefskrif of professor Neethling in *Die reg aangaande onregmatige mededinging* (1983) gesê het nie. 'n Kort opsomming is egter aangewese.

Op die werfkrag van 'n onderneming kan op twee wyses ingewerk word – regstreeks en onregstreeks. Wat mededingingshandelinge betref, is 'n inwerking regstreeks as dit direk teen 'n mededinger se werfkrag gerig is en dus slegs indirek kan dien om die eie werfkrag te behou of uit te brei. Onregstreeks is 'n inwerking wat primêr op die behoud of uitbreiding van die eie werfkrag gerig is en gevolglik slegs indirek die mededinger se werfkrag tref. So 'n inwerking is steeds die gevolg van die gebruik wat die dader van sy eie regsgoed maak, wat egter nie gelyk gestel moet word aan 'n uitoefening van sy reg daarop nie. 'n Opweging van die belange van mededingers kan naamlik aantoon dat die dader die perke van sy reg oorskry het. Omgekeerd kan so 'n opweging lei tot die konklusie dat daar regverdiging vir 'n regstreekse inwerking bestaan het.

Indien nou gelet word op die grondliggende ekonomiese regverdiging vir vrye mededinging, is dit nie moeilik om 'n maatstaf vir die afweging van strydige belange van mededingers te vind nie. Die wesentlike mededingingsprinsiep is naamlik dat die mededinger wat die beste en/of billikste prestasie lewer, die oorwinning moet behaal. Hierdie prinsiep kan egter gehandhaaf word slegs as die meriete van 'n mededinger se prestasie die deurslag gee. Gevolglik is nie elke handeling wat regstreeks die behoud of uitbreiding van die eie werfkrag dien, prestasiemededinging nie. So byvoorbeeld kan die verwekking van 'n gunstige skyn ten aansien van die dader se prestasie sy mededinger se werfkrag slegs onregstreeks tref, maar is dit in stryd met die mededingingsprinsiep omdat dit daarop gerig is om 'n valse beeld van die meriete van die prestasie die deurslag te laat gee.

In die lig van die fundamentele mededingingsprinsiep kan nou die volgende reël geformuleer word: 'n Mededingingshandeling is prinsipieel onregmatig indien dit op 'n mededinger se werfkrag inwerk en nie op die meriete van 'n eie, egte prestasie van die dader berus of gemik is nie. In uitsonderlike gevalle kan

---

18 Sien vn 9 *supra*.
19 358–359.
20 Skuld is natuurlik wel 'n vereiste vir 'n aksie gerig op die verhaal van skadevergoeding.

daar egter wel regverdiging vir so 'n handeling bestaan. Omgekeerd kan selfs prestasiemededinging in buitengewone omstandighede onregmatig wees. Hierdie uitsonderings doen egter geen afbreuk aan die basiese nut van die kriterium nie.

Sover ek kon nagaan, is die mededingingsprinsiep – as juridiese maatstaf – nog nie by name in die regspraak toegepas nie. In wat volg, poog ek om aan te toon dat in gewysdes waarin uiteenlopende feitekomplekse ter sprake was en gekonkludeer is dat 'n mededinger onregmatig opgetree het, die bevinding op 'n rasionele toepassing van daardie prinsiep kon berus het.

Die vraag of vertroulike bedryfsinligting wat in 'n onderneming aangewend word sonder die toestemming van die ondernemer deur sy mededinger benut mag word, het al in 'n hele aantal gewysdes ter sprake gekom. In die *Dun*-saak[21] is gesê dat

> "where . . . a trader has by the exercise of his skill and labour compiled information which he distributes to his clients upon a confidential basis . . . a rival trader who is not a client but in some manner obtains this information and, well knowing its nature and the basis upon which it was distributed, uses it in his competing business and thereby injures the first mentioned trader in his business, commits a wrongful act *vis-à-vis* the latter . . ."

Regter Corbett het soos volg voortgegaan:

> "In such circumstances the conduct of a rival trader who obtains and, well knowing the position, uses the information to advance his own business interests and activities amounts to a deliberate misappropriation and filching of the products of another's skill and labour. Such conduct must, in my view, be regarded as dishonest and as constituting a fraud upon the compiler of the information. I consider that, as in the case of false misrepresentations concerning one's own wares or of passing-off, our Courts treat this as constituting unlawful competition and as being actionable at the suit of the trader damnified thereby."

Dat die mededinger in die gepostuleerde geval onregmatig handel, val nie te betwyfel nie. Daar moet egter op gelet word dat regter Corbett die klem op 'n laakbare gesindheid van die dader laat val. Wat hy as onregmatig aanmerk, is die opsetlike aanwending van 'n mededinger se vertroulike inligting, dit wil sê 'n aanwending met kennis van onder meer die vertroulike aard van die inligting. Vandaar die bestempeling van die gewraakte gedrag as "dishonest".

In dieselfde trant word in *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd*[22] gesê:

> "I have no doubt that the trader who filches information from a competitor, information which he knows to be secret and confidential, and which has been developed by the competitor's skill and industry, is acting unfairly and dishonestly if he uses the information for his own profit and to the detriment of his rival. His conduct amounts to deliberate misappropriation of a business asset which was acquired by another's skill and industry."

In nie een van bogenoemde twee sake is pertinent beslis dat die onskuldige aanwending van vertroulike bedryfsinligting nie onregmatig kan wees nie. Indien te veel nadruk op oneerlikheid as maatstaf gelê word, is dit egter moeilik om 'n onskuldige aanwending as onregmatig te bestempel.

In *Prok Afrika (Pty) Ltd v NTH (Pty) Ltd*[23] word daar, soos dit my voorkom, 'n onderskeid gemaak tussen die posisie van 'n sogenaamde eienaar van vertroulike bedryfsinligting en dié van 'n persoon wat as gelisensieerde van die

---

21 221.
22 1972 3 SA 152 (K) 162.
23 1980 3 SA 687 (W).

eienaar die inligting in sy onderneming benut. Waarnemende regter Goldstone postuleer die geval waarin A met toestemming van B sodanige inligting van B in sy onderneming aanwend, en C, 'n mededinger van A, dan die inligting verkry en in sy mededingende onderneming gebruik. Hy sê dan:[24]

> "Where the information has been obtained by C by honest means or by means having nothing to do with A (who is not the owner of the information or trade secret) it is only the owner B who can sue for common-law infringement . . . However, where such information has been improperly obtained by C from A in circumstances where its use by C will cause damage to A then the latter has a right in his own name to protect his own interests."

Dit wil dus voorkom dat na die oordeel van regter Goldstone B 'n subjektiewe reg op die inligting het, welke reg ook deur onskuldige benutting van die objek daarvan geskend kan word. Daarenteen kan A, wat nie so 'n reg het nie, ageer slegs indien as eerste vereiste C die inligting op 'n onbehoorlike wyse verkry het.

Oor die vraag of 'n handelsgeheim as aparte immateriële regsgoed erken behoort te word, hoef ek my nie uit te laat nie. Ek veronderstel bloot dat die antwoord ontkennend is. Selfs dan val dit nie in te sien nie waarom, wie ook al ageer, vereis sal word dat die betrokke inligting op 'n onbehoorlike wyse verkry is. Veronderstel dat 'n ondernemer by die vervaardiging van sy produk van tegniese data vervat in 'n diagram gebruik maak. Hierdie data is bekend aan slegs die ondernemer en sy werknemers. X, een van die werknemers, word weens wangedrag ontslaan. Hy steel as 't ware 'n afskrif van die diagram en besorg dit aan Y, 'n mededinger van die ondernemer, wat daarna die data in sy eie vervaardigingsproses gebruik en aldus op die ondernemer se werfkrag inwerk. In die reël sal Y weet of ten minste vermoed dat die diagram vertroulike bedryfsinligting van die ondernemer vervat. Dit is egter denkbaar dat hy nie bewus is nie van die feit dat X 'n voormalige werknemer van die ondernemer is, en op redelike gronde glo dat X, soos hy voorgee, self die diagram opgestel het.

Na my mening handel Y onregmatig teenoor die ondernemer selfs indien hy skuldloos die diagram bekom het. Die ondernemer kan dus 'n bevel verkry wat Y verbied om die inligting in sy vervaardigingsproses te gebruik. Die mededingingsprinsiep vereis naamlik dat vertroulike bedryfsinligting nie ter daarstelling van 'n ander se prestasie in die mededingingstryd aangewend word nie. Wat die deurslag moet gee, is die eie prestasie, en as dit ten dele berus op 'n substraat van 'n vreemde prestasie, is eersgenoemde nie 'n volledig eie prestasie nie.

In verband met hierdie konklusie duik egter twee vrae op wat nie onbeantwoord gelaat kan word nie. Die eerste vraag is of die aanwending van bedryfsinligting deur 'n mededinger nie juis daartoe kan lei dat tot voordeel van die publiek 'n goedkoper produk op die mark geplaas word nie. In bogenoemde voorbeeld kan Y bes moontlik 'n produk van dieselfde gehalte as dié van die ondernemer bemark, maar teen 'n goedkoper prys omdat hy geen of weinig koste aangegaan het om die inligting vervat in die diagram te bekom. Handel Y dan nie juis in ooreenstemming met die mededingingsprinsiep nie wat daarop gerig is om te verseker dat die beste en/of billikste prestasie die deurslag gee, of altans kan gee?

Die antwoord is dat daardie prinsiep berus op die grondgedagte dat mededinging volksekonomies voordelig is. Wanneer nou regtens grense aan vrye

---

24 697.

mededinging gestel word, moet gelet word nie net op die kortstondige voordeel wat die publiek vanweë die optrede van 'n bepaalde mededinger kan toeval nie, maar veral op die ekonomiese nadeel wat die duld van so 'n handeling op die lang duur kan inhou. Indien daar geen beskerming teen die aanwending van 'n ondernemer se bedryfsinligting in die mededingingstryd bestaan nie, verval die prikkel om, dikwels teen heelwat koste en inspanning, sodanige inligting deur eie inisiatief te bekom. Produksie, die lewering van dienste en so meer sal dan neig om staties te word. Dat dit op die lang duur volksekonomies skadelik kan wees, spreek vanself. Vandaar die vereiste dat 'n mededinger 'n egte, eie prestasie daar moet stel.

Indien nou eenmaal aanvaar word dat 'n ondernemer beskerm moet word teen aanwending van sy bedryfsinligting in die mededingingstryd, kom dit nie daarop aan op welke wyse 'n mededinger dit bekom het nie. Of laasgenoemde nou ook al opsetlik of skuldloos opgetree het, is die resultaat dat hy nie 'n eie prestasie lewer nie.

Die tweede vraag is dit: Waarom dan vereis dat die inligting vertroulik moet wees? Selfs al is die inligting gepubliseer, kan immers gesê word dat die mededinger wat dit benut sy prestasie ten dele op 'n vreemde prestasie laat berus.

Hier is die antwoord dat na publikasie die belange van die individuele mededinger moet wyk voor strydige algemene belange. Die voortbouing op idees – in die wydste sin van die woord – lê ten grondslag van ons beskawing, ook in sy uitstralings op die gebiede van handel en nywerheid. Die openbare belang vereis daarom dat idees na 'n tydperk of na die plaasvind van 'n gebeurtenis gemeengoed word. By ontstentenis van wetteregtelike beskerming word die knoop deurgehak by publikasie van die idee. In die reël kan 'n skepper van 'n idee immers self toesien dat dit nie gepubliseer word nie.

'n Ondernemer kan hom dus nie verset teen die aanwending deur sy mededinger van sy gepubliseerde idees nie. Juis omdat die idee – of meer bepaald inligting – by publikasie gemeengoed word, is daar nie sprake dat die mededinger nie 'n egte, eie prestasie lewer nie. Per slot van rekening berus verreweg die meeste mededingende prestasies in 'n meerdere of mindere mate op idees, insluitende bedryfsinligting, wat gemeengoed geword het.

Bogenoemde sake kon dus op grond van 'n toepassing van die mededingingsprinsiep besleg gewees het. Die daders het naamlik onregmatig gehandel omdat hul van vertroulike bedryfsinligting van andere gebruik gemaak het en hul inwerkings op die werfkrag van die betrokke ondernemers dus nie volledig op eie prestasies berus het nie. En dit is die geval of hulle nou ook al opsetlik, nalatig of skuldloos opgetree het.

Van die aanwending van 'n gepubliseerde idee moet onderskei word die parasitering van 'n vreemde prestasie. In die *Schultz*-saak het A 'n glasveselskuit, bekend as die Buttcat, bemark. Daarby is gebruik gemaak van 'n gietvorm waarin A se ontwerp van die romp van die skuit beliggaam was. Hierdie ontwerp was die resultaat van ondervinding en eksperimente wat oor 'n lang tydperk gestrek en heelwat koste meegebring het. Nie lank nadat A die skuit begin bemark het nie, het B 'n romp van 'n Buttcat van 'n derde aangekoop. Met behulp daarvan het B toe 'n gietvorm gemaak wat, behoudens geringe wysigings, identiek met A se vorm was. Met ander woorde, A se ontwerp is toe in B se gietvorm

beliggaam. Hierna het B laasgenoemde vorm gebruik om in mededinging met A 'n skuit, genaamd die Supercat, te vervaardig en te bemark.

In appèl, net soos in die hof *a quo*, is beslis dat B hom aan onregmatige mededinging skuldig gemaak het. Die grondslag van die appèlhof se bevinding is soos volg deur waarnemende appèlregter Nicholas geformuleer:[25]

> "There can be no doubt that the community would condemn as unfair and unjust . . . [B's] . . . conduct in using one of . . . [A's] . . . hulls (which were evolved over a long period, with considerable expenditure of time, labour and money) to form a mould with which to make boats in competition with . . . [A]."

B se gedrag is dus as onregmatig beskou omdat dit volgens die regsopvatting van die gemeenskap onbillike mededinging gekonstitueer het. Met die beslissing as sodanig is daar geen fout te vind nie. Waarop ek egter die aandag wil vestig, is dat 'n toepassing van die mededingingsprinsiep in plaas van 'n meer elastiese, maar heelwat vaer, maatstaf tot dieselfde resultaat sou gelei het.

Ek het reeds daarop gewys dat by ontstentenis van wetteregtelike beskerming 'n gepubliseerde idee vryelik nagevolg mag word – ook in die mededingingstryd. Niks verhoed dus 'n ondernemer om 'n gepubliseerde idee van sy mededinger waarop laasgenoemde se prestasie berus, in verband met sy eie prestasie aan te wend nie. Om met 'n Amerikaanse voorbeeld te illustreer: Y, 'n versekeringsmakelaar, leer uit ondervinding dat wanneer hy boere nader ten einde polisse aan hulle te "verkoop", hulle gewoonlik sê dat weens werkdrukte hulle nie tyd het om met hom te praat nie. Hy bedink toe 'n nuwe idee wat hy tot uitvoering bring. Hy neem naamlik oral 'n "handyman" saam en as 'n boer voornoemde verskoning opper, bied hy hom vir die duur van hul gesprek oor versekering die handlanger se dienste aan. Y behaal groot sukses en, soos te verwagte is, begin Z, sy mededinger, van dieselfde idee gebruik maak. Hy neem dus ook 'n handlanger saam wanneer hy boere besoek. Y het miskien rede om gegrief te voel, maar onregmatig handel Z nie. Hy bied steeds 'n onafhanklike prestasie aan, al berus dit op Y se idee.

Anders is die posisie indien 'n ondernemer hom skuldig maak aan aanwending van sy mededinger se prestasie as sodanig; met ander woorde indien nie net die gepubliseerde idee nie, maar ook die prestasie van die mededinger tot basis van die dader se prestasie gemaak word. Dit het nou juis in die *Schultz*-saak gebeur. B kon naamlik nie A se idee – dit wil sê sy ontwerp – aanwend nie sonder om te teer op die romp van die Buttcat wat die uiteindelike beliggaming van daardie idee was. B het dus nie 'n egte, eie prestasie daargestel nie. Daarom was sy optrede in stryd met die mededingingsprinsiep.

Ek kom ten slotte by gevalle van misleiding ten aansien van die eie prestasie. Behoudens sogenaamde ophemeling ("puffing") is sodanige misleiding steeds onregmatig teenoor die mededinger wat daardeur getref word. Die rede is dat die dader deur misleiding die afnemer verhinder om 'n suiwer vergelyking tussen sy eie prestasie en dié van sy mededingers te maak. In stryd met die mededingingsprinsiep trag hy dus om nie die meriete van sy eie prestasie nie, maar wel die skyn van 'n ander of beter prestasie, die deurslag te laat gee.

Ek het reeds verwys na die *Gibbs*-saak waarin beslis is dat misleiding ten aansien van die eie prestasie onregmatig is ook in die afwesigheid van opset aan die kant van die dader. Soos ek die uitspraak begryp, was die uiteindelike *ratio*

---

25 683.

decidendi dat ook 'n onskuldige misleiding in stryd met die *boni mores*-maatstaf is. Dit kan toegegee word, maar aan die hand van die mededingingsprinsiep kon so 'n handeling op 'n rasioneler grondslag as onregmatig aangemerk gewees het. Die gesindheid van die dader is immers prinsipieel irrelevant by beoordeling van die vraag of die dader in stryd met daardie prinsiep opgetree het.

In die *Stellenbosch Wine Trust*-saak[26] het die respondente, wat perléwyne geproduseer het, by die bemarking van hul produkte verkeerdelik die indruk geskep dat dié inderdaad vonkelwyne was. Dit het geskied tot nadeel van die applikante wat produseerders en bemarkers van vonkelwyne was. In sy uitspraak het regter Theron bevind dat 'n interdik toegestaan kon word mits, onder andere, die respondente bewus was van die onjuistheid van hul voorstelling. Die bevinding was in 'n groot mate te wyte aan sy vertolking van sekere uitlatings in die *Geary*-saak, welke vertolking nie juis was nie. Ek meen egter dat die regter ook beïnvloed is deur die kriterium wat hy toegepas het, naamlik dat "dishonest" mededinging onregmatig is. Soos reeds telkens aangedui is, doen 'n begrip soos oneerlikheid 'n direkte beroep op die moraal wat by uitnemendheid eise aan die dader se gesindheid stel. Indien regter Theron die mededingingsprinsiep toegepas het, sou hy geen probleme ondervind het nie om die respondente se misleiding sonder verwysing na 'n verwytbare gesindheid as onregmatig aan te merk.

Ek is dus nog steeds oortuig dat die mededingingsprinsiep as rasionele afgrensingsmaatstaf by verreweg die meeste onregmatige mededingingshandelinge te pas kom. Anders as vroeër, erken ek egter die nut, en inderdaad noodsaaklikheid, van 'n oorkoepelende, elastiese maatstaf gegrond op die regsoortuiging van die gemeenskap. Daarvolgens sou selfs prestasiemededinging in gepaste gevalle onregmatig kan wees: byvoorbeeld indien daar 'n te groot oneweredigheid is tussen die voordeel wat die dader verkry en die nadeel wat die getroffene ly en die dader se skynbare regsuitoefening dus onredelik in 'n regsin is. Dit is egter veral buite die mededingingsverband dat die oorkoepelende maatstaf 'n belangrike funksie vervul; dit wil sê wanneer besluit moet word of die reg op die werfkrag van 'n onderneming aangetas is deur 'n inwerking op die werfkrag uitgaande van 'n nie-mededinger van die ondernemer. Bes moontlik kan ook ten opsigte van sodanige inwerkings aanvullende rasionele kriteria geformuleer word. Dit laat ek egter oor aan toekomstige regsontwikkeling.

---

26 Sien vn 3 *supra*.

Die Nederduitse Gereformeerde Kerk en die doodstraf – is 'n stem wat in die woestyn roep noodwendig die stem van 'n profeet?*

Jan H van Rooyen
BA LLB MCL
Professor in die Straf- en Prosesreg, Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

The Dutch Reformed Church and capital punishment

The merits and relevance of the viewpoints of the Dutch Reformed Church regarding capital punishment are examined. Some of its viewpoints and their implications are: That capital punishment is a God-ordained penalty which has universal validity and which may not be abrogated; that the basis for the death penalty is retribution; that the authorities have a perpetual duty to maintain and apply capital punishment. The church would limit this view of capital punishment to certain kinds of murder; it *inter alia* mentions "premeditated" murder.

This article challenges the basis for the church's views and points out some internal inconsistencies.

In the second part ("Recent developments"), the recent moratorium on executions and the statements by the State President and the Minister of Justice in connection therewith are discussed. A possible future scenario regarding the death penalty in South Africa, culminating in its abolition, is sketched and it is pointed out that in this instance, as in the case of certain steps taken by the government towards "abolishing" apartheid, it seems that the state will again be ahead of the Dutch Reformed church.

It is finally suggested that the Dutch Reformed Church, being a "reforming" church, should modify its view from an absolutist one to a relative one, the absolutist view having been shown to have a very shaky foundation. In this way the church might avoid slipping into irrelevance on this issue too.

1 INLEIDING

Die Nederduitse Gereformeerde Kerk het gedurende die Algemene Sinode van 1986 omvattende standpunte oor die doodstraf gestel en besluite daaromtrent geneem. Opvolgwerk het gedurende 1989–90 die lig gesien. Tot dusver het geen

---

* Die eerste deel van hierdie artikel is op 1990-01-30 as referaat gelewer by 'n seminaar, "Doodstraf in die lig van die Skrif", gereël deur die CB Powell-Bybelsentrum van die Universiteit van Suid-Afrika. Ek bedank graag my kollega, mej HLE van der Merwe, vir hulp met die navorsing, en vir dr WJ Botha, predikant in Algemene Sinodale Diens van die NG Kerk, vir amptelike stukke wat hy aan my gestuur het. Vir die eindproduk is ek alleen verantwoordelik. Hierdie artikel word in sy geheel met groot dankbaarheid aan prof WA Joubert opgedra.

juris ernstig hiervan kennis geneem nie – en dit terwyl die doodstraf deesdae so 'n aktuele onderwerp is dat 'n vooraanstaande regstydskrif 'n hele uitgawe daaraan gewy het,[1] afgesien van talle ander onlangse bydraes wat elders deur juriste gepubliseer is. Die vraag is: waarom word die kerk se standpunt(e) so geïgnoreer? Is dit omdat die kerklike stem wat in die woestyn roep, dié van 'n profeet is wat nie geëer word nie, of is dit omdat die stem wat roep dalk nie dié van 'n profeet is nie?

Een van die doelstellings van hierdie artikel is om die metodiek, vorm en inhoud van die Nederduitse Gereformeerde Kerk se doodstraf-standpunte krities in oënskou te neem. Die onderneming kan terselfdertyd ook as 'n gevallestudie oor dié kerk se impak op, en relevantheid met betrekking tot, die vinnigverandende hervormingsituasie in Suid-Afrika – wat ook die doodstraf insluit – gesien word.

2 DIE 1986-SINODALE STANDPUNTE

Die Nederduitse Gereformeerde Kerk se mees onlangse "So sê die Here" oor die doodstraf word aangetref in die notule van die Algemene Sinode van 1986.[2] Die kerk se siening is vervat in –

(a) 'n *verslag of rapport* wat deur die Algemene Kommissie vir Leer en Aktuele Sake (AKLAS) opgestel is[3] en wat die basis vir die bespreking by die sinode gevorm het;

(b) die amptelike *besluite* van die sinode;[4] en

(c) 'n verdere *verklaring* van AKLAS[5] wat later deur professor Danie du Toit toegelig moes word.[6]

Daar dien op gelet te word dat die besluite, oftewel goedgekeurde aanbevelings,[7] nietemin verklaar dat die sinode die *hele verslag*[8] as "breë Bybelse beskouing ten opsigte van die doodstraf as strafbepaling op moord" aanvaar.[9]

AKLAS het groot gesag en status want dit

> "behartig alle sake wat na hom verwys word . . . en verteenwoordig in belang van hierdie opdragte die kerk by die staat en by ander kerke en liggame wat dieselfde doel nastrewe".[10]

AKLAS se studie ten aansien van aspekte van die doodstraf gaan intussen nog voort; (verdere) verslag sal later vanjaar aan die Algemene Sinode (1990) gelewer word waar die kerk se amptelike standpunt gefinaliseer moet word.[11]

---

1 Kyk 1989 *SA Tydskrif vir Strafregspleging* (*SAS*) 135–270 vir 'n tiental bydraes. Vgl ook onlangse uitgawes van oa die *SA Journal on Human Rights* en *Consultus*, en 1989 *SALJ* 39.

2 *Acta van die Algemene Sinode van die Ned Geref Kerk* (1986) 95–101 (kyk afd 4.14 onder "Leer en aktuele sake"), hierna bloot *Acta* genoem.

3 *Acta* par 4.14.1 tot 4.14.5.3 op 95–100. Die voorsitter van AKLAS is prof Johan Heyns. Dr Willie Botha, skriba van AKLAS, noem hierdie verslag die resultaat van " 'n deurtastende, Skrifgefundeerde studie na doodstraf " (*Die Kerkbode* 1989-12-15 13).

4 *Acta* 4.14.6 op 100.

5 *Die Kerkbode* 1989-11-17 1.

6 *Idem* 1989-11-24 1–2 en 1989-12-8 2.

7 Dws (b) in die teks hierbo.

8 Dws (a) in die teks hierbo.

9 *Acta* 4.14.6.1 100.

10 Uittreksel uit AKLAS se reglement, soos aangehaal in *Die Kerkbode* 1989-12-15 13.

11 *Ibid.*

Vir doeleindes van hierdie bydrae is die volgende 1986-besluite van belang:[12]

• God het die doodstraf in beginsel ingestel as 'n *altydgeldende* opdrag. (Die owerhede het dus geen bevoegdheid om die doodstraf, selfs as 'n tussentydse maatreël, op te skort of af te skaf nie.)

• Doodstraf is 'n *vergeldingsdaad.* (Al "werk" dit dus as afskrikmiddel nie marginaal beter as alternatiewe strawwe nie, moet dit nogtans om Bybels-absolute redes behou word – selfs indien sodanige behoud onder bepaalde omstandighede skadelik vir 'n land kan wees.)

• Die owerheid het 'n Godopgelegde plig om die doodstrafbevoegdheid uit te oefen. (Waar hierdie plig geld, mag die owerheid dus nie die doodstraf van 'n regterlike of ander diskresie afhanklik maak nie.)

• *Afskaffing* van die doodstraf is kategories *in stryd met die Skrif.* (Dit sal uiteraard *de facto* sowel as *de jure* afskaffing insluit.)

Benewens bogenoemde, aanvaar die sinode dat die owerheid "na die voorbeeld van God" in die toepassing van die doodstraf rekening moet hou met skuld, opset en strafversagtende omstandighede en toerekeningsvatbaarheid. Voorts dra die sinode dit aan AKLAS op om aandag te gee aan die vraag of die doodstraf gehandhaaf kan word ten opsigte van misdade anders as "moord met voorbedagte rade".[13]

Dit is opvallend dat die besluite slegs gaan oor die toepaslikheid, of liewer, verpligtheid, van doodstraf ten opsigte van die misdaad "moord". Dié misdaad word egter nêrens in die notule omskryf nie. Daar moet aanvaar word dat die inhoud van die begrip "moord" hier *nie* noodwendig dieselfde is as wat die huidige Suid-Afrikaanse reg daaraan heg nie; dit gaan vir die sinode immers oor ewige, absolute Bybelse begrippe en nie oor wisselende, tydsgebonde en gelokaliseerde relatiewe regsdefinisies nie. Daar word byvoorbeeld gepraat van "moord met voorbedagte rade" – 'n misdaad wat nie in Suid-Afrika bestaan nie en in die Anglo-Amerikaanse jurisdiksies waar dit wel bestaan het, reeds lankal as onwetenskaplik en onwerkbaar gediskrediteer en afgeskaf is; daar moet gevolglik aanvaar word dat ook dié misdaad in die oë van die kerk 'n vaste Bybelse inhoud het (wat ongelukkig nêrens duidelik omskryf word nie).

Om saam te vat, lyk dit of 'n mens die sinodale sienswyses en die implikasies daarvan soos volg kan stel:

• Bybels is daar blykbaar 'n tipe moord waarvoor die doodstraf altyd deur 'n aardse owerheid opgelê moet word. Indien dié soort moord *opsetlik* (of "met voorbedagte rade"?)[14] gepleeg is deur 'n toerekeningsvatbare[15] persoon en daar is nie Bybelse strafversagtende omstandighede[16] nie, dan is dit verpligtend om die doodstraf op te lê en is geen regterlike of ander diskresie toelaatbaar nie. Aangesien nie-oplegging, nie-voltrekking, of afskaffing van die doodstraf vir

---

12 Geselekteer en geparafraseer uit *Acta* 4.14.6 op 100; sekere implikasies wat mi ooglopend is, word in die teks onmiddellik tussen hakies weergegee.

13 *Ibid.*

14 Wat dit ook al mag beteken – die sinode gee nie 'n omskrywing van wat hulle meen "opset" in Bybelse sin beteken nie. Die moderne opsetsbegrip verskil inhoudelik van regstelsel tot regstelsel en van tyd tot tyd. Vgl ook die teks hierbo na vn 13.

15 Bybelse betekenis? Kyk vorige vn.

16 Weer eens 'n ongedefinieerde moderne tegniese term – kyk vorige twee vne.

hierdie tipe moord sonde is, is dit van die grootste belang om klinkklare duidelikheid oor hierdie Bybelse misdaad, te wete "verpligte-doodstraf-moord", te verkry.

• Blykbaar kan bogenoemde soort moord kortweg "moord met voorbedagte rade" genoem word, wat dit ook al presies mag beteken.

• Ander vorme van moord as bostaande, asook verskyningsvorme van (strafbare) manslag, hoef nie noodwendig met die doodstraf besoek te word nie. Oplegging van die doodstraf ten opsigte van sodanige misdade hoef dus nie verpligtend te wees nie, maar kan moontlik diskresioniêr wees, afhangend van die antwoord op die vraag of die doodstraf hoegenaamd gehandhaaf kan word ten aansien van misdade anders as "moord met voorbedagte rade". Algehele afskaffing van die doodstraf ten opsigte van hierdie groep misdade mag gevolglik nie alleen moontlik wees nie, maar kan dalk 'n Bybelse *eis* wees.

Voorgenoemde bepalings ten aansien van moord lê vir die sinode op 'n ander vlak as die meeste ander Ou Testamentiese strafbepalings. Laasgenoemde

> "hou tot 'n hoë mate verband met die histories-bepaalde leefwêreld van die Bybel",

met die gevolg dat die moderne staat nie meer daaraan gebonde is nie.[17] Eersgenoemde egter, naamlik die verpligte-doodstraf-moord ("God wil dat die bloed van die moordenaar deur mense vergiet word"), is deel van God se altydgeldende wil:

> "Daarom bly dit geldend tensy God dit self ophef. So 'n opheffing vind ons nie in die Skrif nie."[18]

3 GENESIS 9 VERS 6

Die basiese teks waarop die sinode laasgenoemde onwrikbare standpunt baseer, is Genesis 9:6:

> "Wie die bloed van 'n mens vergiet, deur 'n mens sal sy bloed vergiet word. God het die mens gemaak as sy verteenwoordiger (beeld)."[19]

Daar is egter verskeie probleme met hierdie teks en sy vertolking deur die sinode:

(a) Daar word deur die sinode aanvaar dat die teks oor "moord" handel. *Eerstens* het die teks dit egter nie oor moord nie, maar blykbaar oor alle vorme van manslag. *Tweedens* bestaan daar nie 'n uniforme juridiese definisie van "moord" nie. Dit is 'n relatiewe term waarvan die inhoud van tyd tot tyd en van jurisdiksie tot jurisdiksie wissel. Daar moet in gedagte gehou word dat

---

17 *Acta* 4.14.2.3 op 96.

18 *Acta* 4.14.3.3 op 97.

19 Soos aangehaal in *Acta* 4.14.3.1 op 96. Kontrasteer die benadering van die Southern African Catholic Bishops' Conference in hul studiedokument *Capital punishment* (3e konsep, Jan 1990). Hulle probeer nie ogv 'n enkele Bybelteks 'n standpunt formuleer nie, maar probeer om die leiding van die Heilige Gees in die wêreld van vandag, gelees in die lig van Nuwe Testamentiese waardes, te begryp. Hulle trek oa 'n interessante parallel tussen die historiese afskaffing van slawerny (waarby die kerk 'n belangrike rol gespeel het sonder dat daar 'n enkele Bybelteks is wat slawerny "afskaf") en die huidige beweging vir die afskaffing van die doodstraf. Hulle beskou ook nie die doodstraf op sigself nie, maar beoordeel dit in die totale Suid-Afrikaanse konteks. Hulle konkludeer (13): "After weighing the various arguments, we judge that the death penalty should be abolished in law and in fact in South Africa."

> "[w]hen an equivocal term is used, it should be defined within its context".[20]

In Suid-Afrika was daar 'n tyd toe 'n persoon aan moord skuldig bevind kon word sonder dat die staat bewys het dat hy opset (in subjektiewe sin, soos ons hedendaags in Suid-Afrika die begrip "opset" verstaan) gehad het. Mense is weens sodanige "opsetslose" moorde tereggestel. Die kerk het nie geprotesteer nie. Voorts was daar 'n tyd toe 'n mens vir enige "moord" *verpligtend* die doodstraf opgelê moes word (daar was toe nog geen begrip "versagtende omstandighede" nie). Die kerk het weer eens nie geprotesteer nie. Tans het ons 'n verskyningsvorm van moord waarvoor geen bewys nodig is dat die beskuldigde die dood van die oorledene werklik "veroorsaak" het nie. Mense word weens hierdie oorsaaklikheidslose "moord" tot die dood veroordeel. *Derdens* wil die sinode darem sy siening van die "verpligte-doodstraf-moord" beperk tot 'n soort opsetlike ("met voorbedagte rade"?) doodslag wat gepleeg is[21] deur 'n toerekeningsvatbare persoon wanneer daar nie strafversagtende omstandighede aanwesig is nie.[22] Waar kom hierdie vereistes vandaan?

Die probleem met die sinodale standpunt is dat dit die "universele instelling" van "God se altyd-geldende wil" wat "vir alle mense van alle tye geld"[23] blykbaar probeer temper met 'n aantal moderne strafregswetenskaplike begrippe wat baie tyds- en lokaliteitsgebonde lyk (te wete geldend in Suid-Afrika so teen die einde van die twintigste eeu – behalwe vir die argaïese begrip "voorbedagte rade"), terwyl dit juis 'n sterk punt van die sinodale standpunt is dat so-iets *nie* gedoen mag word nie. Dit dui op 'n gebrek aan interne konsekwentheid by die kerk se benadering.

Doktor Brian Johanson, in 'n uiters belangrike Suid-Afrikaanse publikasie oor die doodstraf[24] wat ongelukkig nie deur die sinode geraadpleeg is nie,[25] som hierdie probleem soos volg op:[26]

> "[T]hose who treat [Genesis 9:6] as a command are immediately in a difficult position, because it envisages no extenuating circumstances. The killer of man shall be killed by man. In order to escape its unrelieved severity recourse must then be taken to other aspects of the later Mosaic legislation[27] . . . But this method of interpretation soon runs into the problem of selection, for obviously only certain aspects of the legal code will be useful. On what grounds can the provisions regarding the death penalty in one connection be regarded as authoritative, and those in another be relegated to ancient Judaism and therefore be regarded as no longer relevant?"

Hy kon ook gevra het: Hoe kan 'n absolute, ewigdurende gebod gemodifieer word deur relatiewe, kultuur- en tydsgebonde begrippe?[28]

(b) Die sinodale standpunt is dat die werkwoord "sal vergiet word" in Genesis 9:6 'n voorskrif of bevel uitdruk.[29] Volgens Johanson is daar egter

---

20 Zeffertt "Words, words, words . . ." in Visser (red) *Essays in honour of Ellison Kahn* (1989) 361 367.
21 Vereis die gebruik van die begrip "pleging" bewys van kousaliteit?
22 Kyk teks by vn 14–16 hierbo.
23 *Acta* 4.14.3.3. punt 1 op 97.
24 Johanson "Capital punishment" 1971 *THRHR* 350.
25 Kyk die bibliografie in *Acta* 100–101.
26 *Idem.*
27 Dws die aspekte wat, volgens die sinodale siening, met die histories-bepaalde leefwêreld van die Bybel verband hou en dus nie noodwendig vandag bindend is nie.
28 Vgl ook Klopper "Kan 'n uitspraak oor die handhawing van die doodstraf op Skrifgrond alleen berus?" 1990 *Skrif en Kerk* vir indringende kritiek op die kerk se Skrifhantering.
29 *Acta* 4.14.3.2 punt 4 op 96.

> "considerable doubt amongst scholars as to whether it is to be understood as a command or a comment . . . [I]f it is simply a grim comment, the element of absoluteness goes."[30]

Oor hierdie meningsverskil tussen teoloë *swyg* die sinode egter, ten spyte daarvan dat die werkwoord in die teks die spil is waarom die hele sinodale standpunt van 'n ewigdurende verpligte doodstraf draai.

(c) Om vanaf Genesis 9:6 (wat, soos reeds aangedui is, nie na "moord" verwys nie, maar in die algemeen na *bloedvergieting* – wat alle vorme van manslag kan insluit), by *moord* uit te kom, verwys die sinode na die sesde gebod (Eksodus 20:13): "Jy mag nie moord pleeg nie." Daar dien egter op gelet te word dat slegs die nuwe vertaling van 1983 die Afrikaanse woord "moord" gebruik. Die vorige vertalings het verwys na doodslag (te wete "Jy mag nie doodslaan nie" – vermoedelik mag 'n mens ook nie strafbare manslag pleeg nie). Dit val egter in elk geval te betwyfel of die verwisseling van "doodslag" na "moord" veel verskil maak. In die eerste plek is daar geen spesifieke strafsanksies aan die Tien Gebooie gekoppel nie; tweedens het primitiewe regstelsels in elk geval nie die verfynde skuldbegrippe waarmee ons deesdae werk om tussen strafbare manslag en moord te onderskei (byvoorbeeld opset en nalatigheid in hul verskillende verskyningsvorme), geken nie. Die *woord* "moord" in die (Afrikaanse) Bybel hou geen noodwendige verband met die verskillende misdade moord soos hulle hedendaags in verskillende lande se regstelsels voorkom nie. Die sinodale verslag is voorts ook nie intern konsekwent oor presies wat dit is wat volgens sy mening perpetueel met die dood gestraf moet word nie. Enersyds word daar gepraat van "moord" (wat dit ook al mag beteken). Andersyds is daar sprake van "wetteloos doodmaak", "iemand wederregtelik die lewe . . . ontneem", "wederregtelik doodmaak", ensovoorts[31] – almal wye terme wat selfs (hedendaagse) strafbare manslag (en selfs skuldlose doodslag) kan insluit.

(d) 'n Verdere probleem waarop hier gewys moet word, is dat die rabbynse vertolking van die doodstraf-bepalings van die Ou Testament die gebruikmaking van hierdie strafvorm uiters streng beperk het:

> "The sentiment against capital punishment is expressed in the Mishna in an opinion which maintains that a court which executes one man in seven years is a destructive one."[32]

Johanson[33] gee 'n uiteensetting van sommige van die dertien veiligheidsreëls wat gevolg moes word wanneer iemand weens 'n halsmisdaad aangekla is. Indien daardie reëls vandag in Suid-Afrika gevolg moet word, sal bitter min mense, indien enige, ooit veroordeel of tereggestel word.

(e) Laastens dien daarop gewys te word dat die Nederduitse Gereformeerde Kerk se standpunt 'n minderheidstandpunt in die Christendom is. Die kerke wat hiervan verskil, het (met eerbied gesê) sekerlik tog ook die Heilige Gees?[34] Die Nederduitse Gereformeerde Kerk het al in die verlede, waar hy ten aansien van sosio-politieke aangeleenthede op 'n eie standpunt teenoor dié van ander kerke aangedring het, skreiend gedwaal – vergelyk die Nederduitse Gereformeerde Kerk se tot onlangse "Bybelse" regverdiging van apartheid. Daardie

---

30 Johanson *supra* vn 24 355.
31 Kyk *Acta* 96–97 *passim*.
32 Aangehaal in Johanson *supra* vn 24 353.
33 *Idem* 352–353.
34 Vgl oa Randall *The death penalty and the church in South Africa* (1970); Johanson *supra* vn 24; Klopper *supra* vn 28; en die konsep van die Catholic Bishops *supra* vn 19.

stem wat in die woestyn geroep het, was nie dié van 'n (ware) profeet nie. Hierdie pynlike geskiedenis maan die Nederduitse Gereformeerde Kerk tot groot nederigheid en versigtigheid wanneer dit oor "leer en aktuele sake" gaan. Anders word die "Nooit weer nie!" van professor Johan Heyns[35] dalk, ten opsigte van die doodstraf, 'n beskamende "Al weer?".

4 DIE NOVEMBER 1989-VERKLARING

Ontleding van die Nederduitse Gereformeerde Kerk se standpunt soos dit na die 1986-sinode, veral gedurende 1989, verder ontwikkel het, kan egter dalk tot 'n effens gunstiger beoordeling as die voorgaande lei. Die onlangse verklaring van AKLAS word vervolgens in oënskou geneem.

By wyse van agtergrond kan net weer vermeld word dat die sinode, ten spyte van die taamlik kategoriese aard van sy siening oor verpligte doodstraf soos hierbo uiteengesit, dit nogtans goedgedink het om in sy 1986-besluite dit aan AKLAS op te dra om aandag te gee aan die vraag of die doodstraf "gehandhaaf kan word" ten opsigte van "misdade anders as moord met voorbedagte rade".[36] By sy uitvoering van hierdie opdrag het AKLAS " 'n regter" geraadpleeg, wat met die formulering van die uiteindelike verklaring van AKLAS behulpsaam was en dié verklaring ten volle onderskryf.[37] Hierdie verdere verklaring is vroeg in November 1989 gemaak. Dit het heelwat opslae veroorsaak. Die volledige teks daarvan is in *Die Kerkbode* van 24 November 1989 gepubliseer. Dit lui soos volg:[38]

> "Terwyl die Algemene Kommissie vir Leer en Aktuele Sake aanvaar dat die doodstraf nie op grond van die Skrif sonder meer afgewys kan word nie, wil hy tog in die lig van die huidige situasie in Suid-Afrika –
>
> • sy ernstige kommer uitspreek oor die omvang van teregstellings en die aantal halsmisdade in Suid-Afrika, en wil daarom 'n ernstige beroep op die owerheid doen om onverwyld daaraan aandag te skenk;
>
> • 'n ernstige beroep op die howe doen om veral in die geval van politieke gevangenes nie die doodstraf op te lê wanneer daar nie doodslag plaasgevind het nie;
>
> • 'n beroep op die Staatspresident doen om die moontlikheid van begenadiging ernstig te oorweeg in die geval van politieke gevangenes aan wie die doodstraf reeds opgelê is."

Dit gaan in AKLAS se verklaring oor twee sake: (a) Die omvang van teregstellings en die aantal halsmisdade in Suid-Afrika; en (b) die kwessie van

> "politieke gevangenes aan wie die doodstraf opgelê is sonder dat hulle met voorbedagte rade en in koelen bloede moord gepleeg het".[39]

Die volgende opmerkings kan oor die verklaring gemaak word:

---

35 Heyns "Kerk se rol in SA: 'nooit ooit weer dié dwaling' " *Rapport* 1990-01-07. Dit gaan in dié bydrae oor die rol van die NG Kerk in die "Nuwe Suid-Afrika"; Heyns verklaar dat die kerk hom nooit weer agter 'n bepaalde politieke model (wou dat hy ook wil sê "strafregspleging-model"!) sal skaar en probeer om dit Bybels-eties te verdedig nie.

36 *Acta* 4.14.6.5 op 100.

37 *Die Kerkbode* 1989-12-15 13.

38 *Idem* 1989-11-24 2.

39 Deel (b) soos opgeklaar deur professor Danie du Toit, *Die Kerkbode* 1989-11-24 2.

(a) Omvang van teregstellings en aantal halsmisdade

AKLAS moet gekomplimenteer word met die korrekte fokus van sy besorgdheid in hierdie verband, te wete die aantal *teregstellings* as sodanig en nie, soos by Coetzer,[40] slegs die aantal *veroordelings* nie. Volgens Coetzer sal sy voorstelle geen verskil maak aan die aantal teregstellings nie. 'n Mens kan as 't ware sê dat Coetzer se voorstelle slegs die "stelsel" *netjieser* en *vinniger* wil maak – wat dan, soos hy dit sien, 'n groot troos vir die familie (ensovoorts) van veroordeeldes sal wees.[41]

Maar by AKLAS gaan dit oor die wesenlike. Uit hul besorgdheid oor die omvang van teregstellings kan 'n mens die volgende afleidings maak:

- Dit gaan nie vir AKLAS oor *algemene afskrikking* ("general deterrence") nie. Indien die primêre oogmerk met die doodstraf die beskerming van die gemeenskap deur middel van algemene afskrikking was, sou 'n mens kerklike besorgdheid verwag het oor ons uiters *geringe* aantal teregstellings! Die aantal halsmisdade wat jaarliks in Suid-Afrika gepleeg word, tel oor die 55 000.[42] Hieruit is in die jaar Julie 1987 tot Junie 1988 204 persone ter dood veroordeel, dit wil sê 0,37%.[43] Slegs een uit elke 269 halsoortreders word dus ter dood veroordeel. Nog minder word inderdaad gehang: 117 in die 1988-kalenderjaar en *slegs 53* in 1989;[44] dus 0,1% van die halsoortreders, oftewel een uit 'n duisend. In die lig van hierdie statistiek kan die doodstraf-as-unieke-afskrikmiddel-teorie gevolglik in Suid-Afrika absoluut geen geloofwaardigheid hê nie. Mense wat in

---

40 Kyk Coetzer "Beskouings oor die doodstraf" April 1988 *Consultus* 17. Die fokuspunt van die doodstrafdebat behoort die wesenlike, tw straftoepassing oftewel teregstellings, te wees, en nie bloot straftoemeting oftewel vonnisoplegging nie. Daar dien op gelet te word dat die strafregsplegingstelsel 'n *sisteem* is waarvan elke komponent 'n rol speel wat 'n definitiewe uitwerking op die ander komponente het. Nòg straftoemeting, nòg straftoepassing hang dus slegs van die reg of van die regter af. 'n Prokureur-generaal kan bv besluit om in 'n gegewe geval nie in 'n hoër hof van moord aan te kla nie, maar in 'n laer hof van strafbare manslag. Insgelyks kan die staat, waar 'n beskuldigde van moord aangekla is, by pleitstadium besluit om 'n pleit van skuldig aan strafbare manslag te aanvaar. Of 'n regter mag besluit om met slegs een assessor te sit, wie hy (die regter) kan "uitstem" indien hy (die assessor) sou bevind dat daar versagtende omstandighede is (twee assessore sou weer die regter kan "uitstem"). Laastens is daar wisselvallighede mbt die uitvoerende gesag – so sou 'n aantal beskuldigdes moontlik gehang het indien dit nie gebeur het dat die vorige staatspresident moes uittree en deur die huidige een vervang is nie. Vgl ook *infra* vn 54. Die strafregsplegingstelsel is dus, ook wat die doodstraf betref, deurspek met diskresie en, soms, met toeval – wat 'n wesenlike uitwerking op straftoemeting kan uitoefen en in die praktyk tot ongelykheid kan lei. (Die vraagstuk van ongelykheid word *infra* in groter besonderhede behandel.)

41 Coetzer *supra* vn 40.

42 Kyk *Jaarverslag van die Kommissaris van die Suid-Afrikaanse Polisie 1988* RP 57/1988 14:

• Verkragting	19 368
• Moord (insluitend sg "kindermoord")	10 725
• Roof met verswarende omstandighede	25 941
Totaal:	56 034

Al drie hierdie misdade is halsmisdade en was dus aan die bedreiging van die doodstraf onderhewig.

43 Die statistiek wat volg is ontleen aan Hansson en Theron "The South African legal system: statistics 1988 to 1989" 1989 *SAS* 350–381, tensy anders vermeld; die berekenings is my eie, tensy anders vermeld.

44 Lg statistiek is verkry uit Davis "It's high time we banned the rope" *Sunday Times* 1990-01-14.

die doodstraf "glo" en wat besorgd is oor die veiligheid van die publiek, behoort te kla oor ons *nietige* aantal teregstellings; hulle sal dit stellig minstens honderdvoudig wil opstoot.[45]

• As dit dan nie vir AKLAS oor afskrikking gaan nie, gaan dit oor *vergelding* (retribusie) en, daarmee saam, oor die siening (soos hierbo ontleed) dat daar 'n Bybelse misdaad "verpligte-doodstraf-moord" is en daarnaas ander moord(e) waarvoor die doodstraf nie Bybels verpligtend is nie. Aangesien AKLAS se "kommer oor die groot aantal teregstellings in Suid- Afrika"[46] aan die einde van 1989 uitgespreek is, die jaar met die *minste* teregstellings (53) in 'n baie lang tyd (teregstellings beloop sedert 1968 gemiddeld 95 per jaar,[47] alhoewel dit in bepaalde jare al oor die 150 was), kan 'n mens daaruit slegs aflei dat, volgens AKLAS se mening, daardie "Bybels-verpligte-doodstraf-moord"-misdade se voorkoms in 1989 *heelwat minder* as 53 was. Voorts lyk dit of die verklaring by implikasie bevestig dat dit nie sonde sal wees indien die doodstraf vir alle ander moorde (en ander halsmisdade) maar afgeskaf word nie. Maar die "Bybels-verpligte-doodstraf-moord" mag onder geen omstandighede ooit afgeskaf word nie – selfs al sou die toepassing daarvan skadelik vir Suid-Afrika wees. Dit is 'n ewigdurende verpligte straf. Dit gaan nie oor utiliteit nie, maar oor vergelding.[48]

• AKLAS se besorgdheid oor die aantal halsmisdade op Suid-Afrika se wetboek is te verwelkom. Sedert 1983 is niemand in Suid-Afrika weens hoogverraad tereggestel nie – en dit terwyl die land juis sedert daardie jaar grootskaalse langtermyn-onrus, met talle hoogverraadverhore, beleef het. Teregstellings weens die ander nie-moord halsmisdade[49] vind ook uiters selde plaas of het totaal in onbruik verval. Hierdie feit verskaf 'n sterk argument ten gunste van die afskaffing van die doodstraf vir alle sodanige misdade. Indien die Bybel nie die doodstraf vir sodanige misdade vereis nie, kan die grondslag vir die voortbestaan

---

45 Vgl die konsep van die Catholic Bishops *supra* vn 19 11: "[T]here is no clear evidence that capital evidence is either necessary or even very useful in dealing with crime." Daar dien op gelet te word dat dit by 'n debat oor die afskrikkingswerking van die doodstraf nie gaan oor 'n absolute vraag, soos die sinode (of liewer, AKLAS in sy verslag aan die sinode) dink nie, maar oor 'n relatiewe vraag, tw oor "marginale" afskrikking. Die vraag is nl nie of die doodstraf "afskrik" nie (alle straf "skrik af"), maar of die doodstraf *demonstreerbaar soveel meer afskrik* as die alternatiewe strawwe dat dit die moeite werd is om dit te behou. 'n Koste-voordeelanalise moet dus gemaak word. In hierdie verband slaan *Acta* 4.14.5.2 (punt 1) op 98 die bal dus mis. Die opskrif aldaar is ook simplisties en misleidend; in geen ernstige debat sal 'n sogenaamde "humanis" beweer dat "doodstraf geen afskrikmiddel is nie". Soos gesê: die debat gaan oor marginale afskrikking ("marginal deterrence"). Ivm "geloof" in doodstraf, vgl die teks *infra* by vn 69–70.

46 Prof Danie du Toit, aangehaal in *Die Kerkbode* 1989-12-08 2.

47 Davis *supra* vn 44.

48 Vir 'n insiggewende opmerking oor die sg "common good" wat deur die doodstraf gedien sou word, vgl die konsep van die Catholic Bishops *supra* vn 19 11.

49 Suid-Afrika het tans agt halsmisdade: moord (waar die doodvonnis verpligtend is, tensy die moord gepleeg is deur 'n vrou op haar pasgebore kind, of deur iemand onder die ouderdom van 18 jaar, of wanneer die hof meen dat daar versagtende omstandighede is – in welke drie gevalle die doodvonnis diskresionêr is), hoogverraad, menseroof, kinderdiefstal, verkragting, roof en poging tot roof met verswarende omstandighede, huisbraak en poging tot huisbraak met verswarende omstandighede, en terrorisme. In al die lg gevalle is die doodvonnis diskresionêr. Vgl a 277 van die Strafproseswet 51 van 1977 en a 54 van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982. Vgl ook *infra* vn 78 ivm AKLAS se onvoltooide werk in hierdie verband.

van sodanige misdade as halsmisdade slegs op die sogenaamde "humanistiese"[50] algemene afskrikkings-oogmerk gebaseer wees, die werking waarvan egter totaal deur die uiters geringe aantal teregstellings ondermyn word.

(b) Politieke gevangenes, wanneer daar "nie doodslag plaasgevind het nie"

Die onduidelike en omstrede beroep wat AKLAS in sy verklaring op die owerheid gedoen het "om veral in die geval van politieke gevangenes nie die doodstraf op te lê wanneer daar nie doodslag plaasgevind het nie", moet myns insiens vertolk word[51] as 'n verwysing na die halsmisdaad "moord-sonder-kousaliteit" wat ons howe met behulp van die sogenaamde "common purpose"-leerstuk naas ons tradisionele moord ontwikkel het en op grond waarvan talle (swart) "politieke" oortreders in die laaste jare ter dood veroordeel is. Ingevolge hierdie verskyningsvorm van "moord" kan 'n persoon in Suid-Afrika aan moord skuldig bevind, veroordeel, en tereggestel word al is daar geen bewys dat sy optrede kousaal tot die dood van die oorledene bygedra het nie. Sodoende word optrede wat eintlik hoogstens poging tot moord is (waarvoor die doodstraf nie opgelê mag word nie), tot volwaardige moord omgetower.[52] Uit professor Danie du Toit se toeligting kan 'n mens myns insiens aflei dat AKLAS na hierdie bepaalde aspek verwys het.[53] AKLAS bepleit met ander woorde dat hierdie tipe "moord" liefs nie meer 'n halsmisdaad moet wees nie. Hierdie pleidooi sou bewaarheid kon word indien ons howe tot gesonde regsbeginsels sou terugkeer en insien dat 'n mens hier in der waarheid nie met moord nie, maar hoogstens met poging tot moord (wat nie 'n halsmisdaad is nie) te doen het. Dit is dus nie eintlik die straftoemetingsreg wat in orde gebring behoort te word nie, maar die materiële strafreg. Sodoende sou ons land groot politieke verleentheid gespaar kan word.[54] Indien *dit* is wat AKLAS wou sê, behoort hul standpunt wye steun te geniet. Selfs indien AKLAS nie die materiële strafreg wil wysig nie, maar bloot die straftoemetingsreg (met betrekking tot nie-kousale "moord"), verdien hul standpunt steun.

5 JONGSTE ONTWIKKELINGE

Dit behoort duidelik te wees dat die standpunte van die Nederduitse Gereformeerde Kerk oor die doodstraf soos dit in die verskillende dokumente wat ontleed is, voorkom, dikwels *onduidelik* is, dikwels *ondeurdag* lyk, en daarom

---

50 *Acta* 4.14.5.2 op 98.

51 Die verklaring is nie 'n model van duidelikheid nie – die regterlike bystand wat AKLAS met die opstel daarvan gehad het, ten spyt.

52 Vgl *S v Safatsa* 1988 1 SA 868 (A) – die saak van die sg "Sharpeville Six" wat eers nie begenadig is nie, maar na nasionale en internasionale druk tog wel deur die Staatspresident begenadig is – en daaropvolgende sake. Vgl ook "Focus on common purpose" 1988 *SAS* 225–268; Maré 1990 1 *SAS* 37–38; en vgl Burchell "Of more than academic importance . . ." in Visser (red) *supra* vn 20 78–79: "[T]o sentence to death a person who has played a relatively minor role in the death of the victim and who has not been proved to have caused such death, should evoke disquiet on the part of all thinking, let alone compassionate, individuals."

53 Vgl *Die Kerkbode* 1989-11-24 1–2; *idem* 1989-12-8 2.

54 Volgens 'n voormalige Sekretaris van Justisie is Safatsa-hulle se uiteindelike begenadiging nie "verantwoordbaar" nie; daar het blykbaar geen nuwe feite oor die moord aan die lig gekom nie – sodat 'n mens slegs kan aflei dat die nasionale en internasionale politieke proteste in hierdie geval "gewerk" het. Kyk Coetzer "Verdere fokus op die doodstraf " 1989 *SAS* 222.

dan ook dikwels *onoortuigend* is.[55] Daar kan maar net gehoop word dat hierdie aangeleenthede deur die Algemene Sinode van 1990 reggestel sal word – veral ook met die oog op die dramatiese aankondiging wat die Staatspresident by die opening van die parlement op Vrydag 2 Februarie 1990 gemaak het, waarop later deur die Minister van Justisie uitgebrei is en waaraan hieronder kortliks aandag gegee sal word.

Toe hierdie bydrae as referaat op 30 Januarie 1990 by die seminaar van die Universiteit van Suid-Afrika se CB Powell-Bybelsentrum, "Doodstraf in die lig van die Skrif", gelewer is, is soos volg voortgegaan:

> "Daar kan verwag word dat die Suid-Afrikaanse regering binne afsienbare tyd onder andere –
>
> • die aantal halsmisdade gaan verminder;
>
> • sekere prosessuele 'verbeterings' ten aansien van die regspleging rondom die doodstraf gaan aanbring; en
>
> • 'n sogenaamde 'vrye' regterlike diskresie ten aansien van die oplegging van die doodstraf by moord gaan invoer; met ander woorde, verpligte doodstraf gaan afskaf."[56]

Ek het opgemerk dat laasgenoemde regshervorming (afskaffing van 'n verpligte doodstraf) reëlreg teen die standpunte van die Nederduitse Gereformeerde Kerk, soos dit tans op skrif gestel is, sou indruis, en gevra: "*Wat gaan die kerk dan doen of sê?*"

Intussen het die Staatspresident van Suid-Afrika, meneer FW de Klerk, by die reeds-vermelde opening van die parlement opsienbare verklarings in verband met die doodstraf gemaak.[57] Hy het daarop gewys dat die Minister van Justisie reeds op 27 April 1989 aangedui het dat daar meriete in hervormingsvoorstelle ten aansien van die doodstraf is. Met betrekking tot begenadigings is sedert 1988 besluite geneem wat tot 'n relatief drastiese afname in teregstellings gelei het. Nadat die hoofregter geraadpleeg is en hy weer op sy beurt die regbank geraadpleeg het, en nadat die regering van die menings van akademici en ander belanghebbende partye kennis geneem het, het die owerheid op die volgende breë beginsels besluit:

• Dat hervorming op hierdie gebied nodig is;

• dat die doodstraf as 'n strafkeuse tot uiterste gevalle beperk behoort te word, en spesifiek dat regterlike diskresie met betrekking tot die oplegging van die doodvonnis verbreed behoort te word; en

• dat 'n outomatiese reg van appèl toegestaan moet word aan diegene wat tot die dood veroordeel is.

Die Staatspresident het daarop gewys dat hierdie voorstelle, indien hulle aanvaar sou word, 'n betekenisvolle uitwerking op die oplegging[58] van die doodvonnis behoort te hê. Voorts impliseer dit dat elke saak waarin iemand ter dood veroordeel is, onder die aandag van die appèlafdeling sal kom.

---

55 Vgl die konsep van die Catholic Bishops *supra* vn 19; Johanson *supra* vn 24; en Klopper *supra* vn 28 *in toto*.

56 Vgl ook die aanbevelings van die Catholic Bishops *supra* vn 19 16, welke dokument ek eers na die gemelde seminaar gesien het.

57 *The Pretoria News* 1990-02-02.

58 Uiteraard sal die uitwerking nie slegs op die oplegging van die doodstraf nie, maar ook (en meer belangrik) op die voltrekking daarvan betrekking hê: vgl *supra* vn 40.

Daar is 'n moratorium op alle teregstellings geplaas tot tyd en wyl die parlement finaal oor die hervormingsvoorstelle besluit het. Indien die voorstelle aanvaar word, sal elke persoon se geval ingevolge die nuwe riglyne hanteer word. Nuwe en deelsverhoorde sake word intussen volgens die bestaande reg afgehandel. Geen teregstellings het sedert 14 November 1989 plaasgevind nie.

Die Minister van Justisie het op 7 Februarie 1990 in die parlement op die voorgaande verklaring uigebrei:[59]

- Die moratorium op teregstellings sal geld totdat die parlement die hervormingsvoorstelle goedgekeur of verwerp het; indien die parlement bevind dat die doodvonnis, in die lig van die nuwe bedeling, nog steeds 'n gepaste vonnis is, word die hervormingsmaatreëls in werking gestel.
- 'n Hoërhof sal slegs die doodstraf kan oplê nadat beide versagtende en verswarende omstandighede in aanmerking geneem is, en bevind is dat die doodstraf die enigste gepaste vonnis is. Verpligte doodstraf word afgeskaf; 'n volledige diskresie met betrekking tot die oplegging van die doodstraf word aan die hof gegee.
- Moordsake sal ook in streekhowe verhoor kan word, maar dié howe sal nie bevoeg wees om die doodstraf op te lê nie.
- 'n Kommissie van ondersoek wat onder andere na (seksuele) geweldsmisdade en psigopatie gaan kyk, gaan aangestel word.
- Waar die doodvonnis nie opgelê word nie, sal daar voorsiening gemaak word vir "realistiese" alternatiewe strawwe, byvoorbeeld 'n "lewenslange gevangenisstraf" wat werklik lewenslank sal beteken (onderworpe aan sekere buigsaamheidsmaatreëls wat tog ingebou sal word).
- Die staat sal die reg verkry om teen vonnis te appelleer.

Die volgende opmerkings kan baie kortliks met betrekking tot die Staatspresident en die Minister van Justisie se verreikende verklarings gemaak word:

Hervorming Uiteraard moet die hervormingsgesindheid van die owerheid verwelkom en ondersteun word, en moet die Staatspresident en die Minister van Justisie vir hul regshervormings-verklarings bedank word. Dieselfde geld ten opsigte van die aangekondigde moratorium wat, benewens ander voordele, verligting bring in 'n tyd van groot politieke spanning.

Ondersoek Die kommissie van ondersoek ten aansien van psigopatie en verwante aangeleenthede moet verwelkom word. Dat ons huidige bedeling met betrekking tot psigopatie op die lang duur nie sou "werk" nie, is al in die sewentigerjare aangetoon.[60] Dit is jammer dat 'n regterlike kommissie van ondersoek nie ook ten aansien van alle aspekte rakende die doodstraf aangestel is nie. Dit kan steeds moontlik en selfs ook strategies voordelig wees om so 'n kommissie aan te stel om die parlement te help; derhalwe behoort die regering dit deurgaans as 'n opsie in gedagte te hou. Dieselfde kommissie sou myns insiens geredelik en met groot vrug na beide psigopatie (ensovoorts) en die doodstraf kon kyk.

Met betrekking tot die hervormingsproses kan opgemerk word dat "hervorming" (en uiteindelike afskaffing) van die doodstraf, nes politieke hervorming,

---

59 *Beeld* 1990-02-08; *The Pretoria News* 1990-02-08.
60 Kyk 1976 *CILSA* 1–56.

na alle waarskynlikheid nie netjies en oornag sal plaasvind nie, maar onnet en inkrementeel. Alhoewel die woorde van die Minister van Justisie die indruk skep dat die parlement dit sal kan oorweeg om die doodstraf geheel en al af te skaf (en 'n mens hoop dat daar 'n vrye stemming, volgens gewete en nie volgens koukusbesluite nie, toegelaat sal word), sal dié liggaam moontlik, op grond van hul siening van die "openbare mening", tans nog huiwerig wees om die doodstraf geheel en al af te skaf. (Op hierdie aspekte word hieronder teruggekom.) Daar kan ook geargumenteer word dat die regering tyd nodig het vir sy politieke hervormingsplanne en nie nou die omstrede besluit om die doodstraf af te skaf, kan bekostig nie. In so 'n geval kan dit moontlik en wenslik wees om tyd te wen deur byvoorbeeld die kwessie van die doodstraf na 'n parlementêre kommissie (wat maar nie te haastig hoef te wees nie) of selfs na 'n regterlike kommissie te verwys. Intussen sal die huidige moratorium met die gepaardgaande nie-teregstellings voortduur, tesame met die politieke verligting wat dit meebring.

Indien die huidige parlement, aan die ander kant, haastig is en die doodstraf, onderworpe aan sekere hervormings, wil behou, moet hy in gedagte hou dat dit miskien wys sal wees om nie self, as omstrede driekamer-parlement, hierdie stap te doen nie, maar om te wag vir 'n legitieme parlement onder 'n nuwe konstitusie in 'n nuwe Suid-Afrika wat die doodstraf dan miskien nie sal wil behou nie maar sal wil afskaf. Teen daardie tyd mag die howe in elk geval moontlik die doodstraf wil afskaf as synde in botsing met die bepalings van 'n handves van menseregte; so 'n handves kan dit uiteraard self regstreeks afskaf.

Demokrasie en menseregte Hervorming met betrekking tot die doodstraf loop hand aan hand met die politieke hervorming ter verbreding van die demokrasie en die uitbouing van menseregte[61] wat in Suid-Afrika aan die gang is. In hierdie verband merk Zimring en Hawkins op:[62]

> "[W]hen one compares the nonexecuting countries with the principal practitioners of capital punishment, a clear disjunction between executing and nonexecuting states emerges . . . The comparison provides an index to essential differences in political philosophy and organization. It is no coincidence that the list of actively executing countries matches that of politically repressive countries. The negative correlation between execution policy and governmental respect for human rights appears throughout the world . . . What information is obtained demonstrates a striking positive correlation between capital punishment use and human rights violations."

Dieselfde skrywers wys daarop dat

> "the decline of executions in the West constitutes part of a long-term evolutionary process – the development process of civilization, in fact."[63]

Die wetgewer behoort nie nou iets te doen wat hierdie proses kan belemmer nie.

"Lewenslank is lewenslank" Die beoogde maatreëls om gevaarlike misdadigers wat dit verdien, werklik vir baie lang termyne te kan opsluit, verdien versigtige steun. Aan die positiewe kant kan dit dien om openbare vrese wat die afskaffing van die doodstraf belemmer, te besweer. Dit kan as 'n onttrekkingsmeganisme ("incapacitative measure") wat plaasvervangend vir die doodstraf is, beskou word. Aan die negatiewe kant sal opgepas moet word dat daar nie teen die

---

61 Kyk oa SA Law Commission *Group and human rights* (Working paper 25, Project 58 (1989)).
62 *Capital punishment and the American agenda* (1986) 6.
63 *Idem* 8.

sogenaamde "geregtigheidsmodel", ingevolge waarvan 'n persoon slegs dié straf moet kry wat hy "verdien", oortree word nie.

Voorts moet in gedagte gehou word, veral ook met die beoogde verhoogde jurisdiksie van die streekhowe, dat daar min dinge is wat 'n gevangenisbevolking so laat aanwas soos langtermyn-gevangenisstraf. Suid-Afrika sit reeds met 'n haas onhanteerbare gevangenisbevolking wat vir die land geweldige sosiale, ekonomiese en politieke probleme veroorsaak. Toe die streekhowe se jurisdiksie van drie jaar se gevangenisstraf na tien jaar verhoog is, het sowel die aantal langtermyners as die daaglikse gemiddelde gevangenisbevolking skerp begin styg. Dit moet nie nou nog vererger word nie. (Vergelyk ook hieronder by "Streekhofmoord".)

Ongelykheid ("disparity") Die probleme rondom die statutêre formulering van riglyne vir die beperking van die doodstraf tot "uiterste gevalle", oftewel tot gevalle waar dit die "enigste gepaste vonnis" is, gaan in die praktyk formidabel wees.

Daar moet onthou word dat verpligte doodstraf afgeskaf en vervang gaan word deur regterlike diskresie. (Daar word aangeneem dat dit letterlik 'n "regterlike" diskresie sal wees, met ander woorde 'n straftoemetingsdiskresie wat, soos tans, slegs deur die regter uitgeoefen sal word en nie met die assessore gedeel sal word nie; 'n ander reëling sou onaanvaarbaar wees.) Tussen die "ekstreem-uiterste" gevalle waar die doodvonnis klaarblyklik aangewese is en die duidelik minder ernstige gevalle waar die doodvonnis klaarblyklik nie aangewese is nie, gaan daar ongetwyfeld 'n groot middelgebied of "grys area" wees. 'n Mens moet aanvaar dat die owerheid se behoud van 'n drasties ingeperkte doodstraf (slegs vir bepaalde gevalle van *moord*?) op vergelding, oftewel die sogenaamde "geregtigheidsmodel" gebaseer is, en nie op utiliteitsoogmerke nie.[64] Deel van geregtigheid is *gelykheid*. By 'n relatiewe straf (dit wil sê alle strawwe behalwe die doodstraf) kan ongelykhede by straftoemeting later in 'n mate deur die uitvoerende gesag reggestel word (byvoorbeeld deur die sogenaamde paroolstelsel). By 'n absolute straf (die doodstraf) is sodanige regstelling nie moontlik nie. Derhalwe moet by die oplegging van die doodstraf met veel groter omsigtigheid teen ongelykheid gewaak word.

Onder die tegniese term "ongelykheid" ("disparity") in die straftoemetingsreg word *nie* die skynbare "ongelykhede" tussen die vonnisse van verskillende oortreders wat as gevolg van "individualisasie" by straftoemeting veroorsaak is, ingesluit nie. Dit gaan hier oor die moontlikheid dat verskillende regters tot verskillende straftoemetingsbesluite ten aansien van een en dieselfde saak kan kom. Veral by die doodvonnis is so 'n situasie totaal onaanvaarbaar. Dit sal nie met geregtigheid strook indien dit van die toevalligheid van voor welke regter 'n beskuldigde verhoor word, gaan afhang of hy die doodstraf kry of nie. Hoe wyer 'n straftoemetingsdiskresie is, hoe groter is die moontlikheid van onaanvaarbare ongelykheid by straftoemeting, en omgekeerd.

Aangesien die benadering van verpligte vonnisse (tereg) in onguns verval het, word deesdae na *straftoemetingsriglyne* gekyk ten einde diskresie te beheer en ongelykheid te bestry.[65] Indien ons benadering gaan wees om 'n regter bloot 'n

64 Vgl *supra* vn 42–45 en meegaande teks.
65 Vgl 1979 *SASK* 203 en 1980 *SASK* 288.

aantal "verswarende" omstandighede teen 'n aantal "versagtende" omstandighede te laat opweeg, sal ons nog geen ware straftoemetings*riglyne* hê nie en kan 'n mens verwag dat navorsing aansienlike ongelykheid by die oplegging van die doodvonnis sal uitwys.[66] Verswarende en versagtende omstandighede kan uit uiteenlopende en ongelyksoortige faktore bestaan wat so onvergelykbaar is dat geen rasionele en eenvormige slot-"som" moontlik is nie. Selfs *lyste* faktore (hetsy by wetgewing opgestel of deur die howe ontwikkel) kan nie in hierdie verband help nie; hulle kan slegs aan 'n regter vertel *waarna* hy moet kyk, maar kan geen *riglyn* gee oor hoe om die uiteindelike opweging en diskresie-uitoefening te doen nie – veral nie indien die verskillende faktore nie van relatiewe gewigte of waardes voorsien is nie.[67]

Suid-Afrika behoort geen nuwe wetgewing oor die doodvonnis te aanvaar sonder voorafgaande empiriese toetsing om te bepaal of dit tot wesenlike eenvormigheid by die oplegging van dié strafsoort sal lei nie. Enige (nuwe) instrument vir die bepaling van wie moet sterf en wie mag leef, behoort eers aan die strengste wetenskaplike toetsing onderwerp te word.[68]

Kontrole deur die appèlstelsel? Daar kan verwag word dat die voorgaande beskouings en voorstelle nie deur die owerheid aanvaar of nagevolg sal word nie. Daar sal na alle waarskynlikheid geredeneer word dat die finale kontrole deur die appèlafdeling sal geskied, aangesien daar vir elke terdoodveroordeelde 'n outomatiese appèlreg gaan wees en aangesien die staat ook in die toekoms teen vonnis sal kan appelleer. Die appèlafdeling sal dus vir die nodige eenvormigheid sorg. (Daar word gehoop dat die staat se appèlreg nie 'n algemene een sal wees nie, maar tot halssake beperk sal wees; die geregtigheidseise ten opsigte van staatsvoorsiene regshulp wanneer die staat appelleer, gaan enorm wees. Voorts word gehoop dat staatsappèlle slegs teen *vonnis* sal wees, met ander woorde op die geykte administratief-prosessuele gronde en nie op die feite nie.)

Ook in hierdie verband word egter probleme voorsien. Regters in die provinsiale en plaaslike afdelings wat (byvoorbeeld op hul beoordeling van die feite van elke saak) nie die doodstraf oplê nie, se vonnisse gaan soms (of dikwels) voor die appèlafdeling kom. Dit is dus moontlik dat daar kennelik groepe "nie-doodvonnis-regters" geïdentifiseer sal kan word, terwyl dit die lot van die appèlafdeling sal wees om die land se "ophanghof" te word. Indien daar 'n "sterk" appèlregbank is, kan daar selfs binne die appèlafdeling meningsverskil ontstaan, met gevolglike meerderheids- en minderheidsuitsprake. Voorts kan die nuwe reg tot appèl wat die staat gaan kry, dit vir "nie-doodvonnis-regters" makliker maak (onbewus, natuurlik) om die verantwoordelikheid om die doodvonnis uit

---

66 Vgl in die algemeen Zimring en Hawkins *supra* vn 62; Hogarth *Sentencing as a human process* (1971); en 1980 *SASK* 288. Dit is oa te verwagte dat navorsing gedurende die tydperk onaanvaarbare uiteenlopendheid ("disparity") tussen regters se vonnisse sal uitwys. Die Departement Straf- en Prosesreg van Unisa se Regsinligtings-herwinningkomitee (RIHK) is besig met die ontwikkeling van 'n rekenaarprogram, CONET ("Conceptual Network"), wat 'n regsdatabasis oor straftoemeting daarstel wat hierdie tipe navorsing geweldig sal bevorder. Uiteraard sal alle *bona fide* navorsers toegang tot hierdie inligting kan verkry.

67 Kyk Zimring en Hawkins *supra* vn 62 77 ev oor die onmoontlikheid om doeltreffende straftoemetingsriglyne vir die oplegging van die doodstraf te skep.

68 'n Toets sou kon behels dat 'n versameling identiese moordverhoor-oorkondes aan 'n beduidende aantal regters oorhandig word vir straftoemeting en dat die uitslag getoets word vir gelykheid. Daar sal besluit moet word welke persentasie afwykings, in die lig van die vereistes van gelykheid-voor-die-reg (as geregtigheidsvereiste), aanvaarbaar sal wees.

te spreek as 't ware op die appèlafdeling "af te skuif", terwyl "ophang-regters" meer geredelik die doodvonnis sal oplê. Weer eens sal navorsing hierdie tendense kan uitwys.

Die nuwe bedeling sal dus geensins die kritiek op ons howe laat verminder nie; trouens, dit kan dit laat verskerp – en die fokus gaan, meer as in die verlede, op die appèlafdeling wees.

Prosessuele "verbeterings" By die skrywe van hierdie artikel was daar nog geen amptelike aankondiging oor verdere prosessuele "verbeterings" in verband met die doodvonnis nie, byvoorbeeld ten aansien van die kwaliteit van regshulp, gratis toegang van beskuldigdes tot sosiaal-wetenskaplike of medies-psigiatriese hulpmiddele, en die samestelling van die regbank. Voordat die doodstraf weer in werking gestel word, behoort indringende aandag aan sodanige aangeleenthede gegee te word.

"Streekhof-moord" Indien die streekhowe jurisdiksie verkry om moordsake te verhoor (maar nie die doodstraf mag oplê nie), verskuif die gelykheids/diskresie-fokus op hierdie vlak vanaf die regbank na die prokureurs-generaal en is die opmerkings wat hierbo gemaak is (ook met betrekking tot die toekomstige fokus van navorsingsprojekte) *mutatis mutandis* van toepassing. Daar sal onder andere gekyk kan word na wie uitgesonder word vir streekhofverhore en wie vir hooggeregshofverhore; na gelykheidspatrone of andersins in die besluite van verskillende prokureurs-generaal; en na die straftoemetingspatrone van die twee vlakke van howe ten opsigte van moord (waar die doodstraf nie opgelê is nie). 'n Mens hoop ook dat die jurisdiksieverhoging vanaf tien jaar na vyftien jaar gevangenisstraf in die streekhowe nie 'n algemene verhoging is nie, maar slegs by moord sal geld.

Die openbare mening Die owerheid moet gelukgewens en ondersteun word omdat hy sy historiese aankondingings oor die doodstraf gedoen het *ten spyte van die feit* dat die groot meerderheid van die publiek heel waarskynlik in hierdie verband baie behoudend is.[69] In die strafregspleging kan belangrike besluite beslis nie van die openbare mening afhanklik gemaak word nie – alhoewel daar, uit strategiese oorwegings, wel van sodanige mening kennis geneem moet word. *Eerstens* weet 'n mens nie wat iemand bedoel as hy sê dat hy in die doodstraf "glo" nie (nes 'n mens nie sonder meer seker kan wees van wat iemand bedoel as hy sê dat hy "in God glo" nie). In hierdie opsig faal baie meningspeilings; 'n mens weet eenvoudig nie wat gemeet is nie. Soos uit die eerste deel van hierdie artikel blyk, kan 'n mens nie sê "moord is moord is moord" of "doodstraf is doodstraf is doodstraf" nie. *Tweedens* voel die publiek klaarblyklik nie vreeslik sterk oor die daadwerklike *uitvoering* van die doodstraf nie; selfs by onlangse gevalle van begenadiging deur die uitvoerende gesag of nie-oplegging van die doodstraf deur die howe, wat politiek of andersins geweldig omstrede was, was daar geen noemenswaardige proteste nie. Dit gaan vir die publiek blykbaar meer oor die simboliek of die mite van "Die Doodstraf" as oor die werklikhede met betrekking tot die uitvoering van dié strafvorm. *Derdens* is dit wetenswaardig dat in geen land waar die doodstraf afgeskaf is, sodanige afskaffing ten tyde daarvan deur die openbare mening ondersteun is nie. Afskaffing is telkens deur sterk politieke *leierskap* bewerkstellig.[70]

---

69 Vgl Coetzer *supra* vn 40 15 en literatuur daar vermeld.
70 Zimring en Hawkins *supra* vn 62 21–22.

Afskaffing Op die langer termyn kan verwag word dat voorgenoemde veranderinge ten opsigte van die doodstraf die voorspel gaan wees tot die algehele afskaffing van die doodstraf. Een rede is omdat die nuwe bedeling nie die ou probleme noemenswaardig gaan uitskakel nie, en na verwagting 'n aantal nuwe probleme gaan skep. Die voordele van die nuwe stelsel gaan, op 'n koste-doeltreffendheidsanalise, nie opweeg teen die voortgesette nadele daarvan vir Suid-Afrika nie. Al daal die statistiek dramaties, gaan elke persoon wat finaal deur die appèlafdeling ter dood veroordeel word (miskien juis omdat hulle minder gaan wees), 'n omstrede geval word met gepaardgaande sensasie, vertoë tot die uitvoerende gesag vir begenadiging ensovoorts.

Judisieel gaan die oplegging van die doodstraf heel waarskynlik mettertyd *de facto* dermate afgeskaal word dat die *de jure* afskaffing daarvan net 'n kwessie van tyd sal wees (vergelyk die soortgelyke proses wat tans met betrekking tot "volwasse" lyfstraf aan die gang is). Zimring en Hawkins verklaar:

> "As with the other great humanitarian movements of the nineteenth and twentieth centuries, penal reforms have been achieved in a piecemeal and incremental fashion, but they have proved immutable. Such movements acquire a momentum that ultimately brings them to a point at which reversal is no longer possible."[71]

Die statistiek ten aansien van ernstige misdaad is tans aan die styg – weens verstaanbare redes, byvoorbeeld vinnige sosio-politieke veranderinge, verstedeliking, werkloosheid en ander swak ekonomiese faktore, en opvoedkundige probleme. Die gety sal weer draai, hopelik in die nie te verre toekoms. Indien die owerheid nie nou bereid is om die doodstraf geheel en al af te skaf nie, sal dit wys wees om dit dan te doen.

6 SLOT

Suid-Afrika het, tot Februarie 1990, tot dié groep lande behoort wat bekend staan as teregstellende lande ("executing countries"). Tans tel Suid-Afrika, as gevolg van die aangekondigde moratorium op teregstellings, onder die nie-teregstellende ("nonexecuting") lande – nes Israel, wat die doodstraf "het", maar dit in 1962 laas voltrek het (in die Eichmann-geval). Die groot gros teregstellende lande word daardeur gekenmerk dat hulle outoritêre, onderdrukkende regerings het wat min ag slaan op, of respek het vir, menseregte. 'n Mens sou nie graag wil sien dat Suid-Afrika na hierdie geselskap terugkeer nie. Die huidige moratorium loop hand aan hand met Suid-Afrika se nuwe belangstelling in hervorming, menseregte, 'n menseregtehandves en die verbreding van die demokrasie. Dit is alles deel van dieselfde proses en baie prysenswaardig.

Nog groter hervormings is heel waarskynlik ten opsigte van die doodstraf aan die kom. Verpligte doodstraf gaan afgeskaf en vervang word deur regterlike diskresie. Prosessuele verbeterings gaan aangebring word. Baie minder mense gaan ter dood veroordeel word. Baie minder mense gaan tereggestel word. Die doodstraf gaan afgeskaal word tot 'n uitsonderlike straf. Uiteindelik gaan dit in die "Nuwe Suid-Afrika" in onbruik verval of formeel afgeskaf word.

In die lig van die hervormings ten opsigte van die doodstraf en die gesketste toekoms-"scenario", kan weer eens gevra word: wat gaan die Nederduitse Gereformeerde Kerk hieromtrent doen of sê? Trouens, die onlangse aankondiginge deur die owerheid verg eintlik alreeds kerklike protes. Verrassenderwys verklaar

---

71 *Idem* 11.

doktor WJ Botha, skriba van AKLAS, egter dat dié kommissie dankbaar is oor die onlangse aankondiginge. Volgens hom het die Algemene Sinode van 1986 juis "gesuggereer" dat die doodstraf "met meer diskresie" toegepas moet word! Professor Danie du Toit meen dat die aankondiginge in lyn is met wat AKLAS gevra het en verklaar: "Ek sien uit na die herskrywing van die wet."[72]

Die kerk sou kon sê dat hy tevrede is met die Staatspresident en die Minister van Justisie se verklarings in die sin dat hulle *nie* die afskaffing van die doodstraf as sodanig (wat sonde sou wees) aangekondig het nie. Daar sou egter geen basis vir sodanige tevredenheid wees nie, aangesien die kerk dit nog nie duidelik gestel het vir *welke* tipe moord die doodstraf vir ewig moet geld nie. Die kerk kan tog nie sê: "Enige doodstraf is beter as geen doodstraf" nie. Dit gaan oor 'n beginselsaak. Indien die kerk se Bybelse moord (toevallig) presies ooreenstem met Suid-Afrika se "nuwe" moord, te wete 'n soort moord wat as 'n "uiterste geval" bestempel kan word en waarvoor die doodstraf volgens die regter se diskresie "die enigste gepaste vonnis is", dan bly die kwelvraag: waar kom die kerk aan hierdie drastiese inkorting van of beperkings op die Bybelse "verpligte-doodstraf-moord"? Dit is tog duidelik dat die nuwe doodstraf van Suid-Afrika geweldig gerelativeer gaan word, en dat begrippe soos "uiterste geval" met verloop van tyd inhoudelik kan en sal verander. Hoe dit ook al sy, in die een of ander stadium van die nuwe ontwikkelinge sal die kerk vir die owerheid (sy dit uitvoerende gesag, wetgewer, of howe) moet sê: "Halt! dis nou sonde!"

Al sou die owerheid besluit dat 'n koste-voordeelanalise aandui dat die "Nuwe Suid-Afrika" sonder die doodstraf kan of moet klaarkom, mag die kerk nie so 'n analise aanvaar nie, want vir hom gaan dit oor 'n absolute, ewige instelling. Dit is soos die "reël-etiek" van die Fariseërs wat sê dat jy in der ewigheid nie op die Sabbat koring mag uitvryf nie, al sterf jy van die honger.[73] Dit gaan nie oor utiliteit nie maar oor vergelding, en vir 'n sekere tipe moord móét die mens se bloed vergiet word. Vir ewig en altyd. So sê die kerk.

Daar is reeds vermeld dat hierdie die enigste juridiese bydrae is wat hoegenaamd van die Nederduitse Gereformeerde Kerk se standpunte oor die doodstraf kennis neem en dit ernstig opneem. Mens wonder waarom dit so is. Kan dit wees dat professor Johan Heyns se voorspelling[74] besig is om voor ons oë in vervulling te gaan, en indien wel, waarom so gou? Heyns het naamlik voorspel dat die Nederduitse Gereformeerde Kerk toenemend gaan vind dat sy invloed by die owerheid al hoe kleiner word. Is die Nederduitse Gereformeerde Kerk se standpunte oor die doodstraf (volgens metodiek, vorm en inhoud) nie dalk 'n gevallestudie wat illustreer waarom hierdie kerk se invloed so kwyn nie? Anders gestel, is die rede vir sodanige invloedsafname nie miskien daarin te vinde dat die owerheid die realiteite *sowel as die teologie*[75] van die (doodstraf-) situasie in Suid-Afrika beter "insien" as dié kerk en sy teoloë nie? Indien wel,

---

72 *Die Kerkbode* 1990-02-09.

73 Die begrip en illustrasie is verkry uit 'n radiogesprek van prof Ferdinand Deist wat ek gehoor het; ek hoop ek het hom reg verstaan.

74 Heyns *supra* vn 35.

75 Deur die sg "Algemene Genade", uiteraard, en nie noodwendig deur bewustelike teologisering nie. (Daar moet onthou word dat dogmatiese teologie, nes ideologie, tot tonnelvisie of selfs blindheid kan lei.)

is dit genade van Bo waarvoor ons dankbaar moet wees – al bly hierdie kerk en sy teoloë in die proses (weer) agter.[76]

Daar kan egter 'n teologies aanvaarbare "uitweg" vir die kerk wees, naamlik om sy teologie oor wat die Skrif werklik aangaande die doodstraf vir vandag leer, sodanig te wysig[77] dat slegs bevestig word dat doodstraf in geëigende gevalle, alle omstandighede in ag genome, 'n geldige etiese keuse vir die moderne staat *kan* wees, maar dat doodstraf tans nooit *verpligtend* hoef te wees nie. Afskaffing sou dus nie sonde wees nie. Die owerheid is dus vry om na die eise van die tyd te doen wat hulle meen in die beste belang van Suid-Afrika is.

So 'n standpunt sou allerweë as 'n verlossing verwelkom behoort te word.[78]

7 NASKRIF

Sedert hierdie artikel geskryf is, het die regering sy voorstelle oor die doodstraf in 'n Strafregwetsontwerp[79] gepubliseer. Die bespreking hierbo[80] is *mutatis mutandis* op dié wetsontwerp van toepassing.

---

76 Die owerheid was die NG Kerk ook vóór tov sekere aspekte rondom die sg "afskaffing" van apartheid.

77 Dit het al vantevore gebeur; vgl die kerk se vroeëre *Ras, volk, en nasie* met die huidige *Kerk en samelewing*. Die teorie wat sodanige wysiginge regverdig, is dat 'n gereformeerde kerk altyd bereid is om (verder) te reformeer. (En, miskien, ekumenies bereid is om iets van ander te leer.)

78 Daar dien op gelet te word dat AKLAS oa nog nie uitdruklik geantwoord het op die vraag wat in 1986 deur die sinode aan hom opgedra is nie, tw of die doodstraf "gehandhaaf kan word" tov "misdade anders as moord met voorbedagte rade" (kyk *supra* vn 36 en meegaande teks, en vgl vn 49). Die antwoord op hierdie vraag, die grondslag daarvoor en die implikasies daarvan gaan voorwaar interessant wees.

79 W93–90 (GA).

80 170 ev.

LC STEYN-GEDENKBUNDEL

'n Aantal eksemplare van hierdie verdienstelike bundel is nog beskikbaar en kan bestel word teen R10,00 per eksemplaar van:

Prof DJ Joubert
Sekretaris
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

The two new codes of Zulu law

JC Bekker
BA LLB LLD
Professor of Private Law, Vista University

OPSOMMING

Die twee nuwe wetboeke van Zoeloereg

Die Wetgewende Vergadering van KwaZulu het in 1985 'n Wetboek van Zoeloereg aanvaar. Die Suid-Afrikaanse regering het in 1987 'n gelykluidende wetboek geproklameer wat in Natal buite KwaZulu geld.

In hierdie artikel word die staatkundige strukture beskryf waarbinne dié twee wetboeke gemaak is. Daar word aangedui dat die maak van twee wetboeke oor een en dieselfde regstelsel eintlik 'n anomalie is. Die artikel bevat 'n oorsig van die twee administrasies wat die wetboeke administreer en sekere leemtes word aangedui.

Daar word gewys op konflikte wat kan spruit uit die feit dat twee wetboeke oor dieselfde onderwerp in verskillende regsgebiede geld. Die skrywer doen aan die hand dat die reëls van die internasionale privaatreg moontlik aangewend kan word om regskonflikte uit te stryk. Sommige probleme is egter eiesoortig en sal dus *ad hoc*-oplossings verg.

INTRODUCTION

The KwaZulu Legislative Assembly adopted its own Code of Zulu Law in 1981.[1] It mainly followed the pattern of the then existing code of 1967,[2] but also introduced profound changes.[3] *Inter alia*, it enhanced the status of Zulu women and extended their capacity to act and to litigate and their right to inherit.

In the end, the KwaZulu code differed materially in many respects from the 1967 code. Although it applied only within the area of jurisdiction of the KwaZulu Legislative Assembly and in respect of citizens of KwaZulu,[4] the potential for conflict in the application of the two different codes loomed large. It was consequently decided, in consultation with officials of the KwaZulu government, to publish two codes that would, as far as possible, be identical.[5]

After a series of discussions, KwaZulu enacted a new code in 1985.[6] The South African government (State President) followed suit in 1987 with a code of Zulu

1 The KwaZulu Act on the Code of Zulu Law 6 of 1981.
2 Proc R195 of 1967.
3 For a commentary see Bekker and Coertze "The KwaZulu Act on the Code of Zulu Law 1981" 1983 *THRHR* 285.
4 The citizenship is acquired in terms of the provisions of the National States Citizenship Act 26 of 1970.
5 The author was personally involved in the negotiations.
6 The KwaZulu Act on the Code of Zulu Law 16 of 1985.

law[7] to replace the 1967 code in respect of Natal outside KwaZulu with the exclusion of East Griqualand.[8]

The object of this article is to discuss these two codes. A discussion of their contents would, however, to a large extent be a repetition of the commentary written in 1982 by Bekker and Coertze on the 1981 code of KwaZulu.[9] I have therefore thought it more appropriate to discuss the constitutional and administrative framework within which these codes were made and within which they were applied. The codes cannot be isolated from their makers and administrators. Their success or failure will depend largely on how and by whom they were made and how and by whom they are applied.

THE NATAL (SOUTH AFRICAN) CODE

Brief historical sketch

In terms of section 10 of the Native Administration Law 26 of 1875, the Governor of Natal appointed a board to "reduce to writing the Native Law, as at present administered in this Colony". The board framed a Code of Native Law, which was published in Government Notice 194 of 1878.

By section 4 of Law 44 of 1887 (entitled "Law to amend 'The Native Administration Law, 1875' "), provision was made for the appointment of another board to propose the alteration, amendment or repeal of any of the provisions of native law as known and administered in the colony of Natal. This board framed a new code which was published as the Schedule to Natal Law 19 of 1891.

The latter code did not apply in Zululand. The reason was succinctly stated by Solomon JA in *Ntuli v Ntuli*[10] as follows:

> "It is true that Law 19 of 1891 impliedly repealed the Native Code of 1878 (it is not expressly repealed by that law), but as that was a statute of the Natal Legislature its effect is limited to the territory over which that Legislature had jurisdiction. At that date Zululand formed no portion of the Colony of Natal, to which it was annexed on the 30th December, 1897. Consequently the repeal in Natal of the Native Code of 1878 had no operation in Zululand, and left that law in force in that territory."[11]

But although the 1878 code was not repealed in respect of Zululand, its provisions were not enforced in that territory. In *Nsele v Sikakane*[12] Lugg, a member of the court, made the following remarks about the non-enforcement of the code:

> "It is not possible to say definitely why the provisions of this code were not enforced. It may have been due to political reasons, but my own view is that the omission arose through a mistaken idea that the Code of 1878 ceased to operate in Zululand when the Code of 1891 came into force in Natal . . .

---

7 Proc R151 of 1987.

8 By virtue of s 7(a) of the Alteration of Provincial Boundaries Act 36 of 1978, the code does not apply to East Griqualand. The reason was obviously that East Griqualand did not traditionally form part of Natal and the Blacks in that area would mostly be Xhosas.

9 See fn 3 above. See also Church "A new dispensation for black women? A note on Act 6 of 1981 (KwaZulu)" 1983 *CILSA* 100; Hlophe "The KwaZulu Act on the Code of Zulu Law, 6 of 1981 – a guide to intending spouses and some comments on the custom of lobolo" 1984 *CILSA* 163; Dlamini "Should *ilobolo* be abolished? A reply to Hlophe" 1985 *CILSA* 361.

10 1921 AD 276.

11 See also *Mcunu v Mcunu* 1918 AD 323; *Ngijima v Mapumana* 1911 NAC 3.

12 1929 NAC (T & N) 123.

> That it was in operation does not appear to have been realised until the judgment in *Ngijima v Mapumana* was given in 1911, but even then nothing was done to remedy matters. The position remained unchanged and continued as it is today."

By Act 37 of 1897 (N), the territory of Zululand was annexed to and became portion of the colony of Natal and became known as the province of Zululand. In terms of a proviso to section 4 of the act, the laws in force in the territory of Zululand applied and remained in force in the province of Zululand. This did not have the effect of making the 1891 code applicable to the new province of Zululand. Thereafter, by Act 17 of 1898 (N), legislation of the Colony of Natal was made applicable to Zululand, but Natal Law 18 of 1891 (the code) was expressly excluded. Subsequently, in terms of section 8 of Act 37 of 1903, the operation of the code of native law was deemed not to extend to the province of Zululand. The result is that neither the 1878 code nor the 1891 code was applied in Zululand.

The 1878 code was in fact only repealed with effect from 1 January 1929. It was repealed by section 36 read with the First Schedule to Act 38 of 1927, which repeal was put into operation by Proclamation 296 of 1928. It is not clear whether it was thought that the repeal would bring the 1891 code into operation in Zululand. That might have been the idea, because a general code was extended to Zululand only in 1932.[13] In my view the repeal of the 1878 code with effect from 1 January 1929 did not have the effect of making the 1891 code applicable to Zululand. If I am correct, there was no code at all operative in Zululand between 1929 and 1932 – but that is only of historical interest.

Constitutional framework

The Code of Zulu Law being embodied in the Schedule to Natal Law 19 of 1891, it could be amended or replaced only by an act of parliament. However, in 1927 the Governor-General was empowered to amend, repeal or replace the Schedule (the Code) by proclamation. The empowering provision presently provides that the State President may from time to time by proclamation in the *Gazette* amend, repeal or substitute the provisions of the said Schedule (ie the Schedule to Natal Law 19 of 1891), which shall be known as the Code of Zulu Law.[14] To this day, therefore, the code is amended by reference to the Schedule to Natal Law 19 of 1891.

By replacing this Schedule, the Governor-General proclaimed new codes in 1932[15] and in 1967.[16] As stated above, in 1987 the State President issued a new code which applies in Natal outside KwaZulu excluding East Griqualand. Technically speaking, it was just another code, updating the previous one and bringing it in line with the KwaZulu code.

The fact that the nature of the State President's office has changed in the meantime, however, calls for comment. Until 1983 the State President was the

---

13 The extension of the code was made possible by the provisions of s 24(2) of Act 38 of 1927.

14 S 24 of Act 38 of 1927. When the code was amended by Proc R266 of 1978, the State President purported to act in terms of s 25 of Act 38 of 1927 as well as s 24. In *S v Ngubane* 1984 4 SA 223 (N) the court held that it would not be competent for the State President to use his legislative powers under s 25 to amend, repeal or substitute the provisions of the Code of Zulu law.

15 Proc 168 of 1932.

16 Proc R195 of 1967.

nominal head of state. Although he acted on the advice of his ministers he was, in theory at least, above party politics.[17] In that capacity there was some justification for granting him powers to amend the code, although legislation by presidential proclamation is undesirable in principle.

In 1983 he became an executive head of state.[18] In effect he is the National Party head of government. From that time, therefore, a political party leader cum executive head of government had power to legislate on Zulu customary law. In practice it may be unimportant, but in principle it would seem wrong that a political leader should have such important legislative powers in respect of the law of persons and family law of a particular group of people in this country. The fact that he is by law Supreme Chief does not, to my mind, affect the position. Giving the State President, especially under present circumstances, sole and ultimate powers to amend, repeal or replace the code is a colonial approach. The State President does have other gubernatorial powers, which are also an aberration of how things ought to be done, but the code is a unique matter.[19]

On the other hand, it would seem as if the government has no intention of abandoning the system of government by decree. The State President's powers in terms of section 25 of the Black Administration Act 38 of 1927 to legislate by proclamation in respect of Black areas are still alive. There is the ever-present possibility of abuse of such powers. In 1968, for example, the State President, purporting to amend the code, promulgated extraordinary measures to combat the crime of unlawful possession of arms and ammunition in Natal. The Natal Provincial Division ruled that these provisions were *ultra vires.*[20]

In delivering judgment, Thirion J said that the State President would be competent to legislate under section 24 in respect of the maintenance of law and order among black people. However, the provisions in dispute, according to the judge, went beyond the ambit of the code. Section 9A of Proclamation R226 of 1969 provides for minimum sentences in respect of convictions for the possession of arms and ammunition in contravention of the Arms and Ammunitions Act 75 of 1969. Section 7B(2) provides that sentences of imprisonment for such offences may not be suspended in terms of section 297 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977.

In the words of the judge, the provision generally deals

> "with sentences in respect of convictions for the possession of arms and ammunition in contravention of Act 75 of 1969 and thus covers a much wider field than the mere maintenance of law and order".[21]

Section 7(1) of the same proclamation introduced certain presumptions about the "illegal" attendance of meetings. In *S v Mngadi*[22] this provision was found to be *ultra vires.* In his judgment, Leon J said:

---

17 See Wiechers *Staatsreg* (1981) 227.

18 S 19 of the Republic of South Africa Constitution Act 110 of 1983. Booysen and Van Wyk *Die '83-Grondwet* (1984) 72 say: "Hy het werklike magte en staan nie alleen midde in die administrasie van die land nie, maar ook midde in die politiek."

19 This amendment was effected by Proc R266 of 1978.

20 *S v Ngubane* 1984 4 SA 223 (N).

21 229.

22 1986 1 SA 526 (N). See Van Heerden "Uitleg – Artikel 24 Swart Administrasie Wet" 1986 *De Jure* 179.

> "The new section 7(1) constitutes, in my judgment, a gross interference with the rights of the subject and is draconian, both in scope and in content. It introduces, for the first time, criminal liability on the part of a Black who "attends" an assembly of armed men; it raises presumptions which did not previously exist in the law. The fact that the law may be designed to maintain law and order does not lessen, in any way, the attack which it makes upon the liberty of the subject. In so doing, it goes, in my opinion far beyond a mere amendment of the existing law. What is done by the provisions of Proclamation 266 of 1978 is to create a new offence. In so doing, it is, in my judgment, *ultra vires* the powers bestowed on the State President."[23]

This case was taken on appeal and reported as *Attorney-General, Natal v Mngadi*.[24] Viljoen JA found that the amendment under which the respondents were charged never applied in KwaZulu and they were consequently wrongly charged and should have been acquitted. There is in fact no item in Schedule 1 of the National States Constitution Act 21 of 1971 which expressly confers powers on the KwaZulu Legislative Assembly to legislate on the code. The judge, however, found that this did not constitute any bar to its competence to legislate on the code, having regard to the multitude of matters about which it could legislate:

> "In any event . . . item 21 which refers *inter alia* to the protection of life, persons and property . . . empowers the KwaZulu Legislative Assembly to legislate on matters covered by chapter 2 of the 1967 proclamation. Consequently, after KwaZulu became a self-governing territory, the State President, while he retained competence to legislate for Blacks in Natal in terms of section 2(1) of the Act, was deprived of the power to extend, in terms of section 24(2) of the Act, any amendment of the Code to operate in KwaZulu" (19).

This judgment confirms that the KwaZulu Legislative Assembly has sole powers to legislate on the matters contained in the code. The State President can amend the code only in so far as it applies in Natal outside KwaZulu.

Viljoen JA also expressed disagreement with the views of the judges *a quo* about the meaning of the word "amend". He said, *inter alia*:

> "I do not appreciate why any meaning other than the meaning which it bears in relation to legislation by the sovereign legislator should be affixed to the word "amend" when used in relation to delegated legislation. Invariably the term "amend" is, in the legislative process, used as a comprehensive term indicating, with particular reference to the provision concerned, whether the amendment is of the nature of an insertion or repeal or substitution or a combination of any of these varieties of amendment" (21).

These remarks leave the door wide open for the State President to amend the code as he pleases, but, of course, only in respect of Natal outside KwaZulu.

The State President's position in relation to the code is also in issue for another reason. In terms of section 1 of Act 38 of 1927, he is the Supreme Chief of all Blacks in South Africa

> "and shall in respect of all Blacks in any part of the Republic of South Africa be vested with all such rights, immunities, powers and authorities as are or may from time to time vest in him in respect of Blacks in the Province of Natal".

Chapter 2 of the 1967 code contained the "rights, immunities, powers and authorities" referred to. The powers enacted in Chapter 2 were, however, either absurd or outdated. In terms of section 9 of Chapter 2 he could, for example, detain lepers, while in terms of section 2 he could summon chiefs for military service. Chapter 2 has for that reason been repealed by and is not re-enacted in the 1987 Code.

---

23 531H.
24 1989 2 SA 13 (A).

There is, however, one aspect of the supreme chieftaincy which has not been finalised. In terms of section 114 of the 1967 code, the assets in an estate in respect of which there was no male heir vested in the State President in his capacity as Supreme Chief. He in turn donated the property to the widow, if there was one. It is submitted that, although section 114 has been repealed, heirless estates would still vest in the Supreme Chief, because in terms of customary law an estate devolves upon the chief where there is no male heir.[25] However, it may be contended that the State President as Supreme Chief has only those powers as are specifically defined in the code, because section 1 of Act 38 of 1927 provides that he

> "shall in respect of Blacks in any part of the Republic be vested with all such rights, immunities, powers and authorities as are or may from time to time vest in him in respect of Blacks in the Province of Natal".

It may therefore be said that since the powers specifically defined in the code were repealed, heirless estates will no longer vest in him.

In Natal and KwaZulu nothing needs to be done about this. Section 81(5) of both present codes provides that if there is no male heir any property which is to devolve according to Zulu law shall devolve according to the law relating to intestate succession applicable to civil marriages.

It is suggested that a similar law should be passed for the rest of the country. It could be embodied in the Regulations for the Administration and Distribution of the Estates of Deceased Blacks.[26]

Administration

The South Africa Act of 1909 specifically provided for the creation of a Department of Native Affairs. In broad outline that department consisted of a Secretary for Native Affairs, chief native commissioners in charge of regions and commissioners in charge of districts. This system emanated from the fact that the Governor-General himself was, in terms of the South Africa Act, entrusted with the administration of black affairs.[27]

The system of regional and district administration was further regulated by statute in section 2 of Act 38 of 1927. In terms of that act, chief commissioners and commissioners had to be appointed who were legally qualified. In districts where there were no full-time commissioners, magistrates were appointed as commissioners to perform the functions of commissioners in addition to their magisterial duties.[28] In Natal these commissioners were entrusted with the administration of the code. They were the administrative and judicial linchpins of the code.

---

25 Morris *The laws and customs of the Bapedi and cognate tribes* (1929) 41–42; Whitfield *South African native law* (1954) 336. The courts have also given effect to the custom: *Myazi v Boyi* 1905 NHC 29; *Helela v Maxinana* 1921 NHC 52; *Kumalo v Estate Kumalo* 1942 NAC (N & T) 31.

26 GN R200 of 1987.

27 S 147 of the South Africa Act of 1909 and later s 111 of the Republic of South Africa Constitution Act 32 of 1961. This provision is repeated in s 93 of the Republic of South Africa Constitution Act 110 of 1983, but it is not clear to what purpose it has been retained, because, as has been pointed out, the administrative structure has been abolished. Moreover, the State President does not otherwise in fact administer Blacks.

28 For a detailed description of the country-wide system of Black administration see Rogers *Native administration in the Union of South Africa* (1949) by Linington 6–14. Although the book became outdated, the basic system remained the same until 1984–85.

However, the commissioners' courts were transferred to the Department of Justice[29] in 1984 and they were finally abolished in 1986.[30] That left the code in an administrative limbo. Magistrates' courts in Natal could give effect to the provisions of the Code of Zulu Law in civil cases instituted in their courts, because it was a law that was in force within their areas of jurisdiction. They could also apply unwritten Zulu customary law,[31] because they have since 1984 had the same jurisdiction which commissioners previously had to apply customary law.

That was, however, not the end of the story. The code contains some 20 functions that were to be performed by commissioners. They are, for example, required to keep a register of chiefs' deputies;[32] and an inmate of a family home may apply to a commissioner to be removed from the control of the family head.[33]

With the abolition of the posts of commissioners, substitutes had to be found to perform these functions. The problem was solved by creating an office of district officer, being an official in the public service designated by the Director-General of the Department of Development Planning.[34] In districts where there are representatives of the Department of Home Affairs they have been designated as district officers; in other districts the magistrates have been so designated.

It is trusted that these newly created district officers will, as has been the case with commissioners, develop a tradition of administering the code. The odds are, however, against it. The task assigned to them is merely an incidental one; and they are not versed in customary law.

THE KWAZULU CODE

Constitutional framework

KwaZulu is a self-governing territory within the Republic of South Africa. Its area is defined in its Constitution Proclamation.[35] It presently consists of 26 pieces of land spread all over Natal. But according to the latest proposals of the Commission for Cooperation and Development, KwaZulu is to be "consolidated" into 19 areas.[36]

The "Dalmatian" pattern of KwaZulu in Natal (or is it Natal in KwaZulu?) obviously creates a myriad of across-the-border legal relationships and possible conflicts.

The Legislative Assembly of KwaZulu may, in terms of section 30 of the National States Constitution Act,[37] legislate on the matters listed in the Schedule to the act. The Schedule does not contain an item mentioning the code, but

29 Proc R31 of 1984-08-10.
30 S 1 of the Special Courts Abolition Act 34 of 1986.
31 Initially in terms of s 11 of Act 38 of 1927, and when that was repealed, in terms of s 54A of Act 32 of 1944. Presently they may apply customary law by virtue of s 1 of Act 45 of 1988.
32 S 6(2) of both present codes.
33 S 103 of both present codes.
34 Definitions of "district officer" and "Director-General" in s 1 of Proc R151 of 1987.
35 Proc R70 of 1972.
36 *The Star* (1988-06-01).
37 21 of 1971.

there are other items which together are wide enough to cover the subject matters contained in the code. These items are as follows:

"12. The establishment and administration of and the control over inferior courts and the administration of justice, including the exercise of civil and criminal jurisdiction in accordance with the law and customs observed by tribes and communities, and the trial by persons and bodies acting in terms of such law and customs, of persons for contraventions of or failure to comply with enactments of the legislative assembly.

23. The administration of deceased estates, the execution of wills and matters relating to status, guardianship, inheritance and succession in respect of citizens.

26. Births, deaths, marriages and customary unions in respect of citizens.

27. The division of existing tribes, the amalgamation of tribes, the constitution of new tribes, and the recognition, appointment, conditions of service, discipline, retirement, deposition, dismissal and pensioning of paramount chiefs, chiefs and headmen."

South African legislation on those topics subsequent to the date on which KwaZulu became a self-governing territory (1 February 1977)[38] does not apply in KwaZulu. KwaZulu consequently inherited the 1967 code as it was on that date. But, as said above, it adopted its own code in 1981, repealing the 1967 code.

Note that items 23 and 26 state that the KwaZulu law may only be made to apply to citizens. These are citizens referred to in the National States Citizenship Act.[39] In terms of that act *black persons* are willy-nilly citizens of KwaZulu if —

(a) they were born in KwaZulu of parents of whom one or both were or are citizens of KwaZulu at the time of their birth;

(b) they are related to any member of the black population of KwaZulu or have identified themselves with any part of that population or are associated with any part of that population by virtue of their cultural or racial background.[40]

The result is that the KwaZulu code is a personal law, not only a territorial law. There is, neither in KwaZulu nor in South Africa, a law to solve inter-citizenship legal conflicts. It is submitted that guidance will have to be sought in the rules of private international law to resolve such conflicts.

Another matter which may give rise to conflict, is the question whether the code accompanies a person as he moves in and out of KwaZulu. When there was only one code, it was held that it does not apply outside Natal.[41]

That may not be the final answer. In terms of section 24 of Act 38 of 1927 the code applies to Blacks in Natal. In *S v Khumbisa*[42] in an *obiter dictum* the judge said:

> "It is by no means apparent to me what is meant by "Blacks in Natal". Does it mean that the Code applies to a Black so long as he is physically present in Natal, or does it only apply to Blacks who are resident or perhaps domiciled in Natal?"

This issue, despite the decisions referred to above, has not yet been fully canvassed.

---

38 Proc R11 of 1977.

39 26 of 1970.

40 S 3.

41 *Sibasa v Ratsialingwa* 1947 4 SA 369 (T) 391; *Mashapo v Sisane* 1945 NAC (N & T) 57.

42 1984 2 SA 670 (N) 687. Also in *Mtshali v Gwala* 1960 1 SA 597 (A) 599–600 Holmes AJA said: "In the light of sec 2 of Law 14 of 1888 it would seem that the code applies to all natives while and so long as they sojourn or are resident in Natal. But having regard to the varied nature of the provisions of the code, it may be that the foregoing applicability arises only in the absence of considerations to the contrary."

Without expressing a categorical opinion, I might say that the *lex loci domicilii* would probably be conclusive in most cases. In South African law the *lex loci domicilii* of the father at the time of the birth of a child applies to the question whether the child is legitimate; it determines whether a person can make a will or enter into a contract; it determines whether the parties may enter into a marriage and also what the matrimonial property regime of the marriage will be.[43]

The creation of KwaZulu adds another dimension to the matter. Is a Black in Natal also in KwaZulu? There is no law saying that the self-governing territories cease to be part of the provinces in which they are situated.

One may assume that the Legislative Assembly of KwaZulu is representative of the Zulu people within its areas of jurisdiction. It consists of the Paramount Chief of the Zulus, sixty-five elected members and seventy-four appointed chiefs.[44] Its Code of Zulu Law can therefore lay claim to a greater measure of legitimacy than the one made in Pretoria.

A more immediate criticism is the fact that constitutional engineering has artificially resulted in two codes of Zulu law. This is of course absurd. Until sometime, somehow, some unity is found again, the coordination of the two codes will depend upon the goodwill of the governments and officials on both sides. They may also drift apart if nobody in Pretoria takes an interest in coordinating them. It is indeed sometimes said that the right of the self-governing territories to do as they wish, is the hallmark of their autonomy irrespective of incongruities that might result.

It will nevertheless be difficult to coordinate amendments or new codes to take effect on the same date. This is impractical unless the KwaZulu acts on the code are without fail brought into operation one month after the date of promulgation of the State President's proclamation, as his proclamation has no force or effect until one month has elapsed from the date of its promulgation in the *Government Gazette*.[45]

Administration

The administration of the code within KwaZulu is more straight-forward than in Natal. The 1981 code already provided for its administration by magistrates of KwaZulu. There was therefore no break in continuity, since the KwaZulu magistrates stepped into the shoes of the commissioners. Of those magistrates, eighty-two are Blacks;[46] they will obviously have a deeper understanding of the law in action, the law as it affects the daily lives of citizens of KwaZulu.

CONCLUSION

There are two codes, two code-makers and two administrations administering the codes. But the codes are the same, or should be the same, because there is only one system of law to codify. The people to whom the codes apply, are also one people, Zulus.

---

43 Barnard *et al South African law of persons and family law* (1986) 35–36.
44 Proc R70 of 1972.
45 Proviso to s 24 of Act 38 of 1927.
46 Information obtained from the KwaZulu Department of Justice in Ulundi.

Customary law is supposed to be a people's law, a straightforward set of rules to do simple justice between folk who still prefer to arrange their affairs according to the system best known to them. The code, too, was simple and straightforward and has in its own way become enshrined in Natal and KwaZulu. It has survived despite latter-day political and administrative vagaries. It is hoped that it will keep alive until it is unified again . . . somehow. Its division is a freak.

It is suggested that KwaZulu should not have been given legislative powers in respect of the code, but that instead, section 24 of Act 38 of 1927 should have been amended to provide that the State President may amend the code in consultation with the cabinet of KwaZulu. Albeit not ideal, that would have been more satisfactory for all concerned.

The reason why both the Roman and English lawyers have been content to devote their lives to the law is twofold. In the first place, they have realized, more clearly than most laymen, that the maintenance of the supremacy of the law is the only security for the maintenance of justice between man and man.

In the second place, the lawyers have realized, more clearly than most laymen, that the maintenance of the supremacy of the law is the only security for a disciplined and ordered liberty (*per* Holdsworth *Sources and literature* 236 237).

Die verbod op die oploop van rente *ultra duplum* – 'n konkretisering van die norm van *bona fides*?

GF Lubbe
BA LLB LLM
Professor in die Privaatreg, Universiteit van Stellenbosch

SUMMARY

The prohibition on the accumulation of interest *ultra duplum* – a concretisation of the *bona fides* norm?

South African commentators accept the rule of Roman law that interest is not allowed to accumulate beyond the capital sum as part of our law. Discussions of the rule do not always take into account that its formulation in the Justinian compilation differed from that of Classical Roman law. Under Justinian law, the prohibition of interest *ultra duplum* was seen as a substantial limitation on the compensation permissible for the use of another's money. Under Classical law the rule was restricted to the accumulation of arrear interest; it therefore embodied a limitation on the creditor's capacity to extend the debtor's performance by permitting interest to accumulate. It is contended that Roman-Dutch law received the latter version of the rule, and that this also holds true of our case law.

From this perspective, the rule is related to the operation of the norm of *bona fides* which requires that a contracting party ought not be permitted to unreasonably exploit the financial predicament of a debtor who has fallen into arrears. Such an explanation of the rule will, it is argued, permit a more flexible treatment of the matter. Rather than the application of a rigid formula, the emphasis ought to be on the existence of unconscionable conduct on the part of the creditor. Such an approach also suggests that an attempt to exclude the operation of the rule by means of a contractual provision may in appropriate circumstances be regarded as contrary to public policy.

I

Die voorskiet van geld gaan gewoonlik gepaard met 'n ooreenkoms dat, afgesien van die verpligting om die kapitaalsom terug te betaal, die lener ook die geldskieter moet vergoed vir die gebruik van die kapitaal. Sogenaamde konvensionele rente is dus "the price which is payable for the use of money".[1] Hiervan is sogenaamde moratore rente te onderskei, wat die bedrag verteenwoordig waarop 'n geldskieter by wyse van skadevergoeding geregtig is wanneer 'n geldlener

1 *Campbell v Ramlakan* 1949 3 SA 126 (D); *Holt v Brook* 1960 2 SA 590 (A); *Wainwright v Richard Warren Farms (Pty) Ltd* 1975 4 SA 284 (OK); a 1 Woekerwet 73 van 1968.

versuim om sy verpligtinge tot terugbetaling van kapitaal en waar toepaslik, ooreengekome konvensionele rente, na te kom.[2]

Rentebedinge bepaal gewoonlik dat die omvang daarvan eweredig, dit wil sê proporsioneel, is tot die grootte van die kapitaalsom en die tydsduur van die lening. Dit word tradisioneel bewerkstellig deurdat rente uitgedruk word as 'n persentasiebreukdeel van die kapitaalsom (die sogenaamde rentekoers of -voet) wat verskuldig is per ooreengekome tydsperiode. Vandaar dat Voet verklaar dat "interest waxes in proportion to time".[3] Die rentevoet hoef nie noodwendig uitgedruk te word as 'n persentasiebreukdeel van die kapitaalsom nie. In byvoorbeeld die Romeinse reg is gewerk met 'n direkte breukdeel van die kapitaalsom as sodanig wat per maand betaalbaar was.[4] Dit is natuurlik ook moontlik om die vergoeding vir die gebruik van kapitaal eenvoudig as 'n globale bedrag aan te dui.[5] Die tradisionele berekeningswyse volgens 'n sogenaamde "time rate" is egter skynbaar van antieke oorsprong[6] en vandag standaardpraktyk in die kredietwese. Afgesien van aanknopingspunte met ekonomiese teorieë aangaande die waarde van geld, bied hierdie berekeningsmetode ook praktiese voordele veral in verband met 'n ander verskynsel van antieke oorsprong, naamlik die uitoefening van beheer oor vergoeding wat vir die voorskiet van geld beding word.

II

In die Romeinse reg is op verskillende wyses getrag om die uitbuiting van die finansiële verleentheid van skuldenaars deur geldskieters aan bande te lê. Afgesien van 'n beperking op die toelaatbare rentevoet, waarvolgens rente nie bokant 'n voorgeskrewe persentasiebreukdeel van die kapitaal gehef mag word nie, is die kapitalisering van rente, dit wil sê die toevoeging van onbetaalde rente tot kapitaal, eweneens verbied.[7] Hierbenewens is daar ook 'n perk geplaas op die mate waartoe 'n kapitaalsom rente kan oplewer. Dit het geskied deur middel van 'n verbod op die oploop van rente *ultra duplum*, wat behels het dat rente nie die kapitaalsom mag oorskry nie.[8]

Die metode waarvolgens bepaal is of rente gehef op 'n geldsom die voorgeskrewe perk oorskry het, het in die loop van die Romeinse regsgeskiedenis verander. Die standpunt van die klassieke typderk is vervat in *C* 4 32 10 wat in Scott se vertaling soos volg lui:

---

2 Sien *Baliol Investment Co (Pty) Ltd v Jacobs* 1946 TPD 269; *Ex parte Minister of Justice* 1978 2 SA 572 (A) 594–595; *Senekal v Trust Bank of Africa Ltd* 1978 3 SA 375 (A) 384; vgl a 4 Woekerwet asook Horwood se kommentaar op Voet 22 1 10 soos vervat in sy vertaling, *Voet's Commentaries* Book XXII.

3 Vgl Kaser *Das römische Privatrecht* (1971–1975) par 116; Jörs-Kunkel-Wenger *Römisches Recht* (1949) par 112; Erman *Handkommentar zum BGB* (1981) par 608; Canaris 1978 *NJW* 189 1.

4 Jörs-Kunkel-Wenger *loc cit*; Girard *Geschichte und System des römischen Rechts* (1908) 559 ev; Wessels *Contract* (1951) par 574; vgl *Welsh v Redman* 1909 19 CTR 108.

5 Erman *op cit* par 607 608; Canaris *loc cit*; *Taylor v Hollard* 1896 2 SAR 85; vgl Jordan en Warren "Disclosure of finance charges: a rationale" 1960 *Michigan LR* 1294–1304.

6 Vgl Billeter *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum* (1898) (herdruk 1970) *passim*.

7 Vgl Girard *op cit* 562; Kaser *op cit* par 166 256; Jörs-Kunkel-Wenger *op cit* par 112; Lee *Elements of Roman law* (1956) par 408.

8 Vgl Kaser *op cit* par 256; Girard *op cit* 562; Lee *op cit* par 409; Sohm *Institutes of Roman law* (1907) 384; Berger *Encyclopedic dictionary of Roman law* (1953) sv *Usurae ultra duplum*.

> "Where the interest paid at different times amounts to double the principal this will be of no advantage to the debtor for it is only when the interest at the time of payment amounts to more than the principal that it cannot be collected."

Kommentatore is dit eens dat hierdie siening daarop neergekom het dat die verbod op rente *ultra duplum* beperk is tot *agterstallige* rente, en dat daar nie ten tyde van aksie gelet is op rentebetalings wat vantevore reëlmatig gemaak is nie.[9]

In die Justiniaanse reg daarenteen is die verbod op rente *ultra duplum* egter in *Novellae* 121, 138 en 160 uitgebrei om ook reeds betaalde rente te omvat. In die woorde van Berger: "[N]o interest can be demanded by the creditor once the interest equalled the sum due."[10] 'n Maatreël wat aanvanklik beperk is tot situasies waar 'n skuldenaar in versuim verval het met rentebetalings, verkry hiermee aanwending selfs waar deurgaans reëlmatig betaal is. Hiermee word die Justiniaanse reëling 'n substantiewe beperking op die mate waartoe 'n kapitaalsom rente mag oplewer. Insgelyks stel dit dus 'n beperking op die kontrakteervryheid van die partye daar wat aansluit by ander verskynsels van die na-klassieke reg. Ooreenkomstig byvoorbeeld die leerstuk van *laesio enormis* was regshulp beskikbaar indien 'n verkoper 'n wins sou maak wat die omvang van die koopprys oorskry het, 'n maatstaf wat opvallend ooreenstem met dié gestel ten opsigte van toelaatbare rentetrekking.[11] Ook die reël vervat in *C* 7 47 waarvolgens skadevergoeding *ex contractu* ten opsigte van verpligtinge met 'n bepaalde inhoud beperk is tot 'n maksimum van dubbeld die skuldenaar se prestasie, getuig van 'n sienswyse dat die skuldeiser se interesse substantief beperk moes word.[12] Terwyl met De Wet en Van Wyk saamgestem kan word dat *C* 7 47 en die reël aangaande die oploop van rente *ultra duplum* onafhanklik van mekaar staan, skyn dit tog of hierdie oënskynlik arbitrêre maatreëls te herlei is na die na-klassieke leerstuk van *iustum pretium*, naamlik dat daar 'n geregverdigde, ware prys vir elke kommoditeit is en dat te drastiese afwykinge daarvan in besondere gevalle voorkom of bestry moes word.[13]

Alhoewel die stel van maksimum toelaatbare rentekoerse natuurlik wel 'n beperking op die kontrakteervryheid van partye inhou, het die klassieke Romeinse reg veel groter speelruimte aan die partye gelaat vir die bepaling van kontraksterme as die na-klassieke reg.[14] In hierdie konteks vervul die reël teen die oploop van rente *ultra duplum* dan ook 'n ander funksie as wat in die Justiniaanse reg die geval was. Die beperking van die reël tot die oploop van agterstallige rente bring mee dat dit nie 'n substantiewe perk op die bevoegdheid van die partye om oor die vergoeding vir die voorskiet van geld te beding,

---

9 Vgl Kaser *ibid*; Girard *ibid*; Lee *ibid*; Berger *ibid*.

10 Vgl Girard *ibid*; Kaser *ibid*; Lee *ibid* asook die opmerkings van Horwood *op cit* 35 tov Voet 22 1 19.

11 Sien in verband met *laesio enormis C* 4 44 2; Kaser *op cit* par 264; Jörs-Kunkel-Wenger *op cit* par 142; Lee en Honoré *The South African law of obligations* (1950) par 301; Dias "Laesio enormis: the Roman-Dutch story" in *Roman law of sale* red Daube (1959) 46; De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en handelsreg* (1978) 49–50; en veral Feenstra en Ahsmann *Contract* (1980) 26–30.

12 Sien in hierdie verband Erasmus "Aspects of the history of the South African law of damages" 1957 *THRHR* 268 370; Wessels *op cit* par 3356; De Wet en Van Wyk *op cit* 207 vn 166.

13 Vgl Feenstra en Ahsmann *op cit* 29–30 76–77.

14 *Idem* 26 76, asook die opmerkings van Van den Heever AR in *Tjollo Ateljees* (*Edms*) *Bpk v Small* 1949 1 SA 856 (A).

daarstel nie. Veel eerder skyn die reël gebaseer te wees op die opvatting dat dit onbillik is vir 'n skuldeiser om, waar 'n skuldenaar agterstallig raak met rentebetalings, terug te sit en rente te laat oploop tot onredelike perke sonder om die aangeleentheid tot finaliteit te bring. Sodanige optrede sou neerkom op 'n misbruik van die verband tussen die omvang van die vergoeding en die tydsduur van die lening, en tot aansienlike beswaring van die skuldenaar aanleiding kon gee. Girard[15] verklaar tereg:

> "Zinsen können den Schuldner nicht bloss durch ihre Höhe, sondern auch durch die Anhäufung der Ruckstände erdrücken."

Die oogmerk van die klassieke reëling was dus om 'n spesifieke vorm van benadeling, naamlik die uitbuiting van 'n skuldenaar se onvermoë om reëlmatig te betaal, teen te werk. As sodanig vertoon die reël sin, en toon dit inderdaad 'n analogiese verwantskap met die reël dat 'n skuldeiser nie skade wat hy as gevolg van die kontrakbreuk van die teenparty ly, onredelik mag laat oploop nie.[16] Weliswaar kan die beperking op die oploop van agterstallige rente tot die *duplum*, dit wil sê die bedrag van die kapitaal, arbitrêr voorkom. Indien egter onthou word dat rentebedinge in die klassieke Romeinse reg by wyse van *stipulatio* geskied het,[17] word hierdie aspek enigsins meer verstaanbaar. Die *stipulatio* was 'n *negotium stricti iuris* en as sodanig nie onderworpe aan die norm van die *bona fides* wat op 'n minder meganiese manier onbehoorlike optrede by sogenaamde *negotia bonae fidei* aan bande kon lê nie.

Middeleeuse ontwikkelinge aangaande die hef van rente op geldlenings hoef nie hier in oënskou geneem te word nie. Dit is afdoende om daarop te wys dat volgens Lange[18] daar aanduidings is dat die leerstuk van *alterum tantum* nie veel aandag by sowel die Glossatore as die Kommentatore geniet het nie, en dat die verbod miskien nie van veel praktiese relevansie was nie.[19]

In navolging van die Romeinse reg aanvaar Romeins-Hollandse bronne die beginsel van beheer oor die hef van vergoeding vir geldvoorskotte deur middel van maksimum toelaatbare rentekoerse. Daarmee saam word erkenning gegee aan die verbod op saamgestelde rente en die oploop van rente bokant kapitaal.[20] Dit is belangrik om daarop te let dat die skrywers in laasgenoemde verband onomwonde die reëling van die klassieke Romeinse reg bo dié van Justinianus aanvaar. So verklaar Groenewegen:[21]

> "[I]nterest paid periodically . . . does not qualify for the calculation of the double amount by the defendant, for when it is at the time of payment that the amount of the interest exceeds the principal amount when added up, then it is not interest which is being demanded in excess of the capital sum."

---

15 *Op cit* 652.

16 Sien *D* 19 1 21 3, 19 1 45 1, 21 1 23 8, 21 2 56 3 vir die Romeinsregtelike aanknopingspunte van die sg mitigasiereël.

17 Vgl Kaser *op cit* par 166 256; Jörs-Kunkel-Wenger *op cit* par 112.

18 *Schadenersatz und Privatstrafe* (1955) 62 64.

19 Sien in die algemeen oor die rentevraag in die Middeleeue: Tawney "Religion and the rise of capitalism" in *Holland memorial lectures* (1922, herdruk 1984) *passim*; Dempsey *Interest and usury* (1942) veral hfst VI–VII; Atiyah *The rise and fall of freedom of contract* (1979) 65–67 550–551; Wessels *op cit* par 574; Hahlo en Kahn *The South African legal system and its background* (1973) 461–462 466.

20 Sien Voet 22 1 1–20; Van Leeuwen *RHR* IV 7 1–12; Van der Linden 1 15 3; Van der Keessel *Praelectiones* 1166–1178; Groenewegen *De Leg Abr ad C* 4 32 27 1; Huber *Heedendaagse rechtsgeleertheyt* 3 37 38–45; vgl *Dyason v Ruthven* 1860 Searle 282.

21 *Loc cit.*

Volgens Huber[22] is die reël van die Justiniaanse reg "that money could never bear interest at 5% for longer than 20 years, even though the interest should be duly paid" in die lig van verkeersoorwegings onaanvaarbaar. Hy bestempel so 'n reël as "preposterous" en "inconvenient" en druk daarmee die afkeur teen 'n uitbreiding van die substantiewe perk op die kontrakteervryheid van partye, vervat in die stel van maksimum rentekoerse, uit. Volgens Huber berus die reël op 'n enger basis, naamlik die oorweging "that debtors may not be endlessly consumed by the charges". Hy vervolg:

> "In curtailing interest the legislators have in view that debtors whose affairs are declining should not be entirely drained dry, while persons who contrive to look after their interests are in no need of such relief; and therefore, so long as the same is paid, it is not necessary to come to their rescue at the expense of creditors, but it is enough that this should happen after the cessation to pay interest has begun to reveal the distress of debtors."

Hierdie gedagtegang vereis klaarblyklik dat die reël beperk moet word tot agterstallige rente, en sluit aan by die opmerkings van Girard ter motivering van die reël in die klassieke Romeinse reg. Die aanvaarbaarheid van hierdie siening sal hieronder oorweeg word.

III

Suid-Afrikaanse skrywers aanvaar in die reël sonder veel omhaal dat die Romeins- en gemeenregtelike verbod op die ophoping van rente deel uitmaak van die hedendaagse reg.[23] Die behandeling is deurgaans oorsigtelik en bring nie duidelikheid oor die strekking, teoretiese geaardheid en *ratio* van die reël nie. Die implikasies van die Woekerwetgewing vir die reël is ook nog nie ondersoek nie. Die rede vir hierdie enigsins onbevredigende toedrag van sake is miskien te vinde in die onkritiese wyse waarop die reël gehanteer is in die enkele beslissings waarin dit ter sprake gekom het.

In *Niekerk v Niekerk*[24] en *Roberts v Booy*[25] is die reël eenvoudig toegepas sonder dat die strekking daarvan of die wyse waarvolgens die berekening gedoen moet word enigsins behandel is. In albei gevalle het dit gegaan om pogings om opgehoopte, agterstallige rente te verhaal. Albei uitsprake steun hierbenewens op Voet 22 1 19 en dit skyn dus 'n gegronde afleiding te wees dat die reël gekonsipieer en toegepas is na aanleiding van die siening van die klassieke Romeinse reg. Dit is ook die indruk wat blyk uit *Heydenrych v Du Preez*,[26] *Welsh v Redman*[27] en *Natal Bank v Kuranda*.[28]

Die gewraakte reël verkry egter ietwat van 'n ander kleur in *Taylor v Hollard*.[29] Taylor het in Engeland vonnis verkry teen Hollard op grond van 'n ooreenkoms waarin laasgenoemde, wat £7 000 by wyse van 'n lening verkry het, onderneem

---

22 *Op cit* 3 37 38.

23 Sien Wessels *op cit* par 580; De Wet en Van Wyk *op cit* 207 166; Diemont en Aronstam *The law of credit agreements and hire purchase* 5e uitg 308–309; Flemming *Krediettransaksies* (1982) 138; Lee *Introduction to Roman-Dutch law* 5e uitg 256; Hahlo en Kahn *The Union of South Africa: the development of its laws and constitution* (1960) 491; Lee en Honoré *op cit* par 171; Hosten, Edwards, Nathan en Bosman *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse reg en regsleer* (1979) 486 vn 651.

24 1830 1 Menzies 454.

25 1884 4 EDC 22.

26 1897 7 CTR 1.

27 1909 19 CTR 108.

28 1907 TH 155.

29 1886 2 SAR 85.

het om dubbeld hierdie bedrag (£14 000) tesame met rente op hierdie som terug te betaal. Taylor trag om hierdie vonnis in die ZAR af te dwing. Hoofregter Kotze verklaar met verwysing na *Roberts v Booy*:

> "The provisions of Roman-Dutch Law that interest may not exceed capital are still observed in practice . . . This court will refuse to enforce to its full extent, a contract made by its citizens, in which double the amount advanced, with interest, is stipulated for . . ."[30]

Bygevolg is die vonnis slegs tot die omvang van die hoofskuld afgedwing (dit wil sê £7 000) en rente daarop is bereken teen 8% per jaar. Die uitspraak verwys nie na die beperking van die reël teen die oploop van rente bokant kapitaal met betrekking tot die situasie waar die skuldenaar agterstallig raak nie, en met die eerste oogopslag skyn dit asof hierdie reël in die sin van die Justiniaanse reg verstaan is; dit is naamlik dat ongeag die omstandighede, vergoeding vir die voorskot nooit die omvang van kapitaal mag oorskry nie. Of die regter inderdaad bedoel het om so 'n substantiewe perk op die kontrakteervryheid van die partye daar te stel, is egter te betwyfel. By nadere analise lyk dit of die beslissing eenvoudig daarop berus dat die verhouding tussen die hoofskuld en die totale teenprestasie wat die lener onderneem het, die toelaatbare rentekoers oorskry het, en dat die rentekoers dus as woekeragtig beskou is. Die *ultra duplum*-reël is dus in bogenoemde *dictum* eintlik per abuis ingesleep vanweë die toevalligheid dat die rente ten dele uitgedruk is as 'n gekwantifiseerde bedrag wat toevallig gelykgestaan het aan die kapitaalsom. Die beslissing bied dus nie steun vir die erkenning van die Justiniaanse weergawe van die reël in ons reg nie.

Volgens Horwood neig ook *Solomon v Jearey*[31] en *Union Government v Du Preez*[32] in die rigting van die Justiniaanse weergawe van die reël, naamlik dat

> "interest due in respect of a debt ceases to run at all when it reaches the amount of the principal and that past payments of interest must be added to the interest claimed in the summons in order to see whether the capital sum is exceeded".[33]

In *Du Preez* se saak het die hof die argument verwerp dat rente wel kan oploop tot bokant die *duplum*, maar net nie opeisbaar is nie. In hierdie verband word verklaar dat "[n]o interest runs after the amount is equivalent to the amount of the capital", asook dat die reg tot (verdere) rente uitgewis word of tot niet gaan wanneer die som daarvan gelykstaan aan die kapitaal.[34] Oppervlakkig beskou, bied hierdie *dicta* miskien wel steun vir Horwood se mening dat hierdie beslissing neig na die Justiniaanse weergawe van die reël teen die oploop van rente. Die uitspraak steun egter op *C* 4 32 27 1, Groenewegen se kommentaar daarop en Voet 22 1 19 – bronne wat kennelik die weergawe van die klassieke reg ondersteun. Die feit dat die rente as 'n geheel wel agterstallig was, en dat die wyse waarop die *duplum* bereken moet word skynbaar nie in geskil was of pertinent geopper is nie, bring mee dat die beslissing nie sterk gesag ten gunste van die Justiniaanse siening van die reël is nie.

In *Solomon v Jearey*[35] is oënskynlik eenvoudig aanvaar dat 'n kapitaalsom van £3 500 nie as basis kan dien vir 'n eis vir kapitaal en rente hoër as £7 000

---

30 85.
31 1921 CPD 108.
32 1916 TPD 411.
33 *Op cit* 35.
34 1916 TPD 411 413.
35 *Supra.*

nie, dit wil sê dat rente, ongeag die omstandighede van die geval, tot die bedrag van die kapitaalsom beperk word. Ook hier was die berekeningswyse wat gevolg moet word egter nie werklik in geskil nie en was die rente as 'n geheel in elk geval agterstallig. Daar kan dus kwalik beweer word dat bewustelik wegbeweeg is van die gemeenregtelike beskouing, wat in navolging van die klassieke Romeinse reg die verbod op rente *ultra duplum* beperk het tot die ophoop van agterstallige rente.

Duideliker spreek *Van Diggelen v Triggs*[36] waar beslis is dat reeds betaalde rente nie vir die berekening van die *duplum* in ag geneem behoort te word nie. Die feit dat reeds betaalde rente tesame met die uitstaande bedrag aan agterstallige rente die kapitaalsom oorskry, bring dus nie die verbod in werking nie. Hierdie bevestiging van die gemeenregtelike siening is verder gevoer in *Van Coppenhagen v Van Coppenhagen*,[37] waar dit gegaan het oor die effek van rentebetalings gemaak nadat agterstallige rente opgeloop het tot die vlak van kapitaal. In hierdie verband verklaar regter Millin:

> "But the rule that interest may not be accumulated beyond the amount of the capital, does not mean that if, by payment, the accumulated interest is reduced to an amount less than the amount of capital, interest does not again begin to run. Interest always runs until the amount of the capital sum is reached and may again be accumulated up to the amount of the capital."[38]

Geen spesifieke gesag vir hierdie siening word aangehaal nie, maar die beslissing skyn nie teenstrydig te wees met die siening wat die verbod op die ophoping van rente tot agterstallige rente beperk nie. Dit is egter moeilik te versoen met die Justiniaanse weergawe van die akkumulasieverbod, wat die mate waartoe kapitaal rente kan oplewer, rigied tot die *duplum* beperk. Vir sover beslissings soos *Union Government v Jordaan's Executors* en *Solomon v Jearey* die Justiniaanse siening aanvaar, bots hulle dus met die implisiete uitgangspunt van *Van Coppenhagen* se saak. *Stroebel v Stroebel*[39] onderskryf die benadering in *Van Coppenhagen v Van Coppenhagen*. Regter-president Cilliè gee gevolglik vonnis vir die kapitaalsom en 'n ekwivalente bedrag aan opgehoopte agterstallige rente. Die siening dat rente weer begin loop indien 'n gedeelte betaal word wat agterstallig is, maar weer eens slegs tot die hoogte van die kapitaal, word eweneens bevestig.[40]

Is die reël soos geresipieer in ons regspraak strydig met die voorskrifte van die Woekerwet ten opsigte van die hef van finansieringskoste? Artikel 5 van Wet 73 van 1968 oefen beheer uit oor die omvang van vergoeding wat beding kan word vir die voorskiet van geld en die verlening van krediet. Dit geskied deur die voorskryf van 'n toelaatbare koers, dit wil sê deur beheer uit te oefen oor die verhouding waarin finansieringskoste vir 'n gegewe periode tot die kapitaalsom mag staan.[41] In wese is dit ook maar die reguleringstegniek wat sedert die Romeinse reg al in ons regstradisie gevolg is. Ingevolge hierdie benadering

36 1911 SR 154.
37 1947 1 SA 576 (T).
38 582.
39 1973 2 SA 137 (T).
40 Sien Flemming *op cit* 138 vir kritiek op sekere aspekte van die beslissing.
41 Vgl die voorskrifte van a 5 met die opmerking van Tucker "Limitation and Disclosure of Finance Charges Act" 1980 *De Rebus* 582: "It is the *ratio* of the finance charges to the principal debt which is what is actually regulated."

word daar geen perk geplaas op die tydperk waarvoor finansieringskoste teen toelaatbare koerse gehef sou kon word nie. In beginsel laat die wetteregtelike skema dus toe dat rente teen 5% per jaar vir 20 jaar op 'n voorskot aan 'n geldlener gehef word. Of 'n reëling soos in die Justiniaanse reg, wat getrag het om 'n verdere substantiewe perk op rente te stel, hiermee versoenbaar sou wees, sou bevraagteken kon word. In die lig van die ontwikkeling in die Suid-Afrikaanse regspraak is die vraag in elk geval akademies. Die reël soos by ons geresipieer, weerspreek geensins die statutêre kontrolemaatreëls nie, maar is gemik teen 'n spesifieke oorsaak van onbillikheid in hierdie konteks wat hoegenaamd nie deur die voorskrifte van artikel 5 getref word nie. Ook die bepalings van artikel 2 aangaande die verpligte bekendmaking van finansieringskoste raak nie die gemeenregtelike reël wat tans ter sprake is nie. Hierdie bepaling probeer verseker dat die kredietopnemer by kontraksluiting ingelig is omtrent die finansiële implikasies van die transaksie by die normale verloop en afwikkeling daarvan. Die bekendmakingsvoorskrif impliseer nie enige verbod op optrede wat tot 'n ophoping van agterstallige rente kan lei nie. Bekendmaking word in ieder geval slegs vereis vir sover die omvang van finansieringskoste "bekend en bepaalbaar" is, en versuim om bekend te maak, lei nie tot die ongeldigheid van 'n skuldakte nie.

IV

Die verbod op die akkumulasie van rente *ultra duplum* word, soos hierbo aangetoon is, sonder omhaal deur Suid-Afrikaanse skrywers aanvaar. Indien daar egter op die implikasies van die reël, en veral op die beperking daarvan tot agterstallige rente gelet word, wil dit voorkom of so 'n benadering bevraagteken kan word. Nathan[42] verklaar byvoorbeeld:

> "Thus if a person claims interest for 10 years at 5% *per annum*, and during the eleven years preceding the term in question has annually received interest at the rate of 5%, he will succeed in his claim; but if he claims interest at 5% for 21 years in succession, he will only be allowed interest at the rate of 5% for 20 years."

So 'n uitslag lyk met die eerste oogopslag anomalies. Dit is dan ook waarskynlik op grond van oorwegings soos hierdie dat Morice[43] die reël as "somewhat irrational" bestempel het en Horwood[44] die mening uitgespreek het dat daar eintlik geen rede is waarom die Suid-Afrikaanse reg so 'n "arbitrary rule" moet erken nie. In die lig hiervan vereis die *ratio* en teoretiese begronding van die reël wel deeglik aandag.

Die oorwegings wat deur Huber[45] ter onderskraging van die reël genoem word, naamlik dat skuldenaars wat in kontrakbreuk verval en agterstallig raak met rentebetalings tegemoetgekom moet word (sien hierbo), is nie sonder meer oortuigend nie. Die Suid-Afrikaanse reg staan steeds sterk op die uitgangspunt van *pacta sunt servanda*, soos onder meer blyk uit die beklemtoning van die ideaal van kontraksvervulling as die eiser se goeie reg in *BK Tooling (Edms) Bpk v Scope Precision Engineering Works (Edms) Bpk*[46] en *Benson v SA Mutual Life*

---

42 *The common law of South Africa* (1913) II par 808.
43 Sien sy vertaling van Van der Linden se *Institutes* (1922) 149.
44 *Op cit* 35.
45 *Op cit* 3 37 38.
46 1979 1 SA 391 (A).

Assurance Society.[47] In die lig hiervan is die blote feit dat 'n skuldenaar met rentebetalings agterstallig raak waarskynlik nie genoeg om *per se* billikheidsoorwegings in sy guns te aktiveer en 'n inbreuk op 'n skuldeiser se interesse te regverdig nie. 'n Beskouing van die beslissings waarin die reël toegepas is, toon dan ook inderdaad aan dat dit nie maar net om kontrakbreuk en die oploop van agterstallige rente gaan nie. 'n Verdere element is telkens teenwoordig, naamlik dat die transaksies wat tydsduur betref nie slegs "oop" of "onbepaald" was nie, maar dat die skuldeiser boonop, hetsy as gevolg van die bepalings van die kontrak of weens die omstandighede, in staat was om die duur van die lening te verleng. Sodoende was hy in staat om die omvang van die rentetrekking, en daarmee die grootte van die prestasie van 'n skuldenaar wat reeds in kontrakbreuk was as gevolg van onvermoë om te betaal, te bepaal. In *Stroebel v Stroebel*[48] was die lening en rente op aanvraag betaalbaar, maar is rente toegelaat om tot bokant die vlak van die kapitaal op te loop. Dieselfde oorweging geld vir 'n aantal beslissings betreffende verbandskulde waar die skuldeiser op grond van die gebruiklike verbandklousules bevoeg sou gewees het om by wanbetaling die verband op te roep en sy belange te beskerm sonder om rente oormatig te laat oploop.[49] Feitelike omstandighede kon ook dieselfde uitwerking hê, naamlik dat 'n skuldeiser wat by magte is om teen 'n kontrakbreker op te tree, weens sy versuim om dit te doen sy teenparty se prestasie deur die akkumulasie van rente vergroot. In byvoorbeeld *Niekerk v Niekerk*[50] en *Union Government v Jordaan's Executor*[51] was die termyne onbepaald en het die skuldeiser, gerugsteun deur lang verjaringstermyne, eenvoudig teruggesit en rente laat oploop tot bokant kapitaal. Ander gevalle weer skyn voorbeelde te wees van kontrakte met spesifieke termyne wat telkens deur die skuldeiser se versuim om op te tree stilswyend hernieu is. Weliswaar is daar in sulke gevalle natuurlik teoreties wilsooreenstemming oor die voortsetting van die verhouding, maar vanweë die skuldenaar se benarde posisie is hy dikwels volkome oorgelaat aan die willekeur van die skuldeiser.[52]

Dit is natuurlik so dat dit 'n skuldeiser altyd vry staan om nie sy regte uit te oefen nie of om toe te stem tot die verlenging van 'n kontraksverhouding met die skuldenaar. Onderliggend aan die *ultra duplum*-reël is die gedagte dat daar by die uitoefening van hierdie bevoegdheid ook met die belange van die skuldenaar rekening gehou moet word waar sy prestasie eweredig tot die duur van die verhouding staan en hy in ieder geval reeds vanweë finansiële probleme in kontrakbreuk verkeer. Hierdie gedagtegang is nie strydig met die grondbeginsels van ons reg nie. Dit vertoon in die eerste plek 'n duidelike analogiese verwantskap met die sogenaamde mitigasiereël ingevolge waarvan dit 'n skuldeiser nie vrystaan om skade wat hy as gevolg van sy skuldenaar se kontrakbreuk ly,

47 1986 1 SA 776 (A).
48 1973 2 SA 137 (T).
49 Sien bv *Roberts v Booy* 1884 4 EDC 22; *Heydenrych v Du Preez* 1897 7 CTR 1; *Solomon v Jearey* 1920 CPD 108.
50 1830 1 Menzies 454.
51 1916 TPD 411.
52 Sien *Welsh v Redman* 1909 19 CTR 108; *Van Coppenhagen v Van Coppenhagen* 1974 1 SA 576 (T); vgl Van Leeuwen *RHR* 4 7 4; Voet 22 1 9 en Van der Keessel *Praelectiones* 1170 ivm die moontlikheid van 'n periodieke, stilswyende hernuwing van die lening en renteverpligting.

onbeheersd te laat oploop nie.[53] Afgesien hiervan moet rekening gehou word daarmee dat alle kontrakte hedendaags onderworpe is aan die norm van die goeie trou (*bona fides*) wat nie net 'n rol by die evaluering van partyegedrag in die pre-kontraktuele fase en die uitleg van die kontrak speel nie, maar spesifiek ook relevant is as 'n toetssteen vir partyegedrag ná kontraksluiting, dit wil sê in verband met die uitvoering van die kontrak.[54]

Wat die evaluering van die gedrag van partye ná kontraksluiting betref, skyn dit nie vergesog te wees om die beginsel van *bona fides* te koppel aan situasies soos dié wat tans ter sprake is nie. 'n Skuldeiser wat die finansiële verleentheid van sy skuldenaar uitbuit deur misbruik te maak van 'n feitelike of juridiese bevoegdheid om die omvang van die prestasie van die skuldenaar te vergroot wat reeds in kontrakbreuk verval het, handel seer sekerlik in stryd met die vereistes van die goeie trou.

In die lig van hierdie oorwegings word aan die hand gedoen dat die verbod op die ophoop van agterstallige rente sy teoretiese begronding in die beginsel van *bona fides* vind. As sodanig is die leerstuk dan ook teoreties verdedigbaar, en kan alleen maar beswaar gemaak word teen die oënskynlik starre en arbitrêre wyse waarop die grens tussen wat toelaatbaar en ontoelaatbaar sou wees, getrek word. Die *bona fides*-begrip wek immers die indruk van 'n soepele, aanpasbare benadering, wat sou kon inhou dat die werking van die verbod nouer gekoppel moet word aan die omstandighede en dat byvoorbeeld rekening gehou moet word met die motiewe waarmee die oploop van rente gepaard gegaan het. Dit is denkbaar dat miskien selfs afgesien sou kon word van die starre perk van die omvang van kapitaal sodat 'n ophoping van rente van 'n mindere omvang in bepaalde gevalle as onaanvaarbaar bestempel sou kon word. So 'n benadering sou aansluit by die gedagtes wat deur Horwood uitgespreek word:

> "The true principle should be that if the circumstances show that the claim is oppressive and unconscionable, the Court will reduce the amount of interest to what is reasonable. It will not happen in every case that it is extortionate and oppressive to claim an amount of interest exceeding the amount of the capital."[55]

Hierdie ontwikkeling sou egter afhanklik wees van wetteregtelike inisiatiewe of andersins geïnisieer moet word deur die appèlhof. In ieder geval moet die vereistes van regsekerheid steeds by die realisering van die eise van die goeie trou in gedagte gehou word. Hierdie oorweging kan heel moontlik meebring dat die oënskynlik arbitrêre perk aangaande die oploop van agterstallige rente behou word.

V

Teen die agtergrond van die voorafgaande opmerkings kan ten slotte aandag gegee word aan die toepassingsgebied van die verbod op die akkumulasie van agterstallige rente, moontlike uitsonderings daarop asook die moontlikheid dat partye die verbod deur gepaste kontraktuele bedinge kan ophef.

---

53 Sien in die algemeen De Wet en Van Wyk *op cit* 206–207; Erasmus en Gauntlett "Damages" 7 *LAWSA* par 31–34; vgl ook die opmerkings hierbo oor 'n moontlike historiese verband tussen die *ultra duplum*-reël en *C* 7 47 wat, histories gesien, 'n belangrike aanspreeklikheidsbegrensende faktor was.

54 Sien *Meskin v Anglo-American Corporation of SA Ltd* 1968 4 SA 793 (W) 802; *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Hovis* 1980 1 SA 645 (A) asook Wessels *op cit* par 1976–1977. Sien Carey-Miller "Judicia bonae fidei: a new development in contract?" 1980 *SALJ* 531 oor die betekenis van hierdie maatstaf vir die kontraktereg.

55 *Op cit* 35.

Tradisioneel is die verbod op die oploop van agterstallige rente *ultra duplum* aangewend by geldleenkontrakte met meegaande rentebedinge. Aangesien die reël nie deur ons gesagsbronne uitdruklik tot sodanige kontrakte beperk word nie, kan dit in teorie seker uitgebrei word tot alle transaksies van die moderne verkeer waar vergoeding by wyse van finansieringskoste vir die verleen van krediet ter sprake kom. Die teenwoordigheid van versnellingsklousules in kredietransaksies, huurtransaksies en ook in geldleentransaksies dui egter daarop dat in geval van wanbetaling, die skuldeiser meestal ingestel is op die spoedige afwikkeling van die transaksie en die verhaal van 'n afgebakende skuldeisersbelang. Hieruit, en uit die *ratio* en strekking van die verbod op die oploop van agterstallige rente, volg dit dat die reël 'n meer beperkte aanwending in die kredietwese vind as wat by eerste oogopslag mag blyk.

Die vraag na moontlike uitsonderings op die verbod teen die oploop van rente was ter sprake in *Stroebel v Stroebel*.[56] In die loop van die uitspraak word verwys na Van der Keessel[57] wat suggereer dat 'n uitsondering gemaak word ten opsigte van rente wat *pendente lite* oploop. Hierdie houding word egter deur regter-president Cilliè as inkonsekwent en onduidelik bestempel. Voorkeur word verleen aan die standpunt van Huber,[58] naamlik dat rente staak sodra die omvang van die kapitaal bereik is, maar weer begin loop sodra vonnis teen die skuldenaar gegee is en dan weer eens net tot die bedrag van die kapitaal.[59] Die motivering hiervoor is nie duidelik nie. In *Stroebel* se saak word gesuggereer dat die rente ná vonnis steeds uit die ooreenkoms van die partye vloei, 'n standpunt wat moontlik te herlei is na die verouderde en verkeerde siening dat vonnis 'n skuldvernuwende effek het.[60] Hierdie redenasie word tereg deur Flemming[61] gekritiseer op grond daarvan dat nie duidelik tussen rente uit ooreenkoms en rente op grond van *mora* onderskei word nie. Of moratore rente beperk word tot die bedrag van die kapitaal is omstrede. Wessels[62] antwoord bevestigend maar die teenoorgestelde houding word ingeneem deur De Wet en Van Wyk.[63] Indien gelet word op die *ratio* onderliggend aan die verbod op die oploop van rente bokant kapitaal, skyn dit inkonsekwent te wees om moratore rente in hierdie opsig van konvensionele rente te onderskei. Inderdaad kan die aanwending van die verbod ten opsigte van moratore rente gesien word as 'n konkretisering van die mitigasiereël, wat andersins miskien in hierdie konteks moeilik aanwendbaar sou wees. Alhoewel De Wet en Van Wyk korrek is in hul bewering dat die beslissings waarop Wessels steun vir sy standpunt nie oor moratore rente handel nie, bied die *resultaat* in *Stroebel v Stroebel* wel 'n mate van gesag vir so 'n uitbreiding van die verbod op die oploop van rente.

Ander uitsonderings op die *ultra duplum*-reël wat Huber[64] vermeld, is hoofsaaklik van historiese belang en word nie hier bespreek nie.

Of die verbod op die oploop van agterstallige rente deur middel van 'n kontraktuele beding uitgesluit kan word, is een wat skynbaar tot op hede nog nie

56 1973 2 SA 137 (T).
57 *Praelectiones* 1178.
58 *Heedendaagse rechtsgeleertheyt* 3 37 40.
59 Sien 138–139 van die uitspraak.
60 Sien *Swadif (Pty) Ltd v Dyke* 1978 1 SA 928 (A).
61 *Op cit* 137–138.
62 *Op cit* par 3356.
63 *Op cit* 207 vn 166.
64 *Op cit* 3 37 41–3.

beslis is nie. 'n Antwoord word bemoeilik deur die onsekerheid omtrent die teoretiese grondslag van die beginsel. Indien die siening aanvaar word dat die reël 'n uitvloeisel van die *bona fides* is, sou geredeneer kan word dat dit hier om 'n *naturale* van kontrakte gaan waarvolgens vir die hef van finansieringskoste gestipuleer word. Gesag vir so 'n houding is te vinde in *A Becker & Co (Pty) Ltd v Becker*[65] waar die hof onomwonde 'n verband tussen die *naturalia* van die verskillende kontraksoorte en redelikheids- en billikheidsoorwegings getrek het. So 'n karakterisering sou meebring dat aangevoer kan word dat die reël wat tans ter sprake is, soos wat die geval met ander sogenaamde *naturalia* is, opgehef kan word deur middel van 'n gepaste uitsluitingsklousule. Die aangeleentheid behoort myns insien egter met omsigtigheid benader te word. Dit volg nie noodwendig dat alle *naturalia* in dieselfde mate uitsluitbaar is nie. Daar is inderdaad 'n mate van gesag vir die siening dat die uitsluitingsbevoegdheid onderhewig is aan die eise van die openbare belang.[66] Na aanleiding van die benadering in *Magna Alloys & Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis*[67] sou 'n mens kon verwag dat die beginsel dat partye kontrakteervryheid geniet, opgeweeg moet word teen die belange en oogmerk wat deur die tersaaklike *naturale* gedien word. Alhoewel die openbare belang normaalweg 'n premie op die kontrakteervryheid van partye plaas en *naturalia* dus gewoonlik uitsluitbaar is, kan daar situasies wees waar die oogmerk van 'n *naturale* so dwingend en die inbreuk daarop deur 'n uitsluitingsklousule so skreiend en onredelik is, dat die openbare belang 'n beperking op kontrakteervryheid verg. In die lig van die feit dat die hef van finansieringskoste al van oudsher af erken word as 'n situasie wat op grond van billikheids- en beleidsoorwegings 'n drastiese beperking op kontrakteervryheid vereis, kom dit voor of die uitsluitbaarheid van die verbod teen die oploop van agterstallige rente nie sonder meer aanvaar moet word nie. In ieder geval strek die bevoegdheid om *naturalia* uit te sluit nie so ver as om 'n party teen *dolus* te beskerm nie. In die lig van die uitbuitingselement by die werking van die reël kan die afdwingbaarheid van 'n uitsluitingsklousule miskien ook op hierdie grond in gedrang kom.

In die veronderstelling dat 'n uitsluiting op hierdie gebied wel moontlik is, moet daarop gelet word dat die opheffing van die *naturalia* deur middel van 'n beding waarop by kontraksluiting ooreengekom word, nie op 'n afstanddoening van regte neerkom nie. Die *naturalia* van die verskillende kontraksoorte geld nie *in abstracto* ten gunste van regsubjekte nie, maar konkretiseer eers wanneer die betrokke kontrak in 'n bepaalde geval gesluit word. Partye het dus nie vóór kontraksluiting regte ingevolge die *naturalia* waarvan afstand gedoen kan word nie. Die kontrak met 'n uitsluitingsklousule hou eenvoudig net in dat die verhouding tussen die partye op 'n ander grondslag tot stand kom. Gevolglik is die gebruiklike vereiste vir 'n effektiewe afstanddoening van regte, naamlik dat die betrokkene volledig bewus moes gewees het van sy bestaande regte, nie van toepassing nie.[68]

Wat die wyse van uitkontraktering betref, is dit geykte reg dat stilswyende bedinge net so effektief as uitdruklike bedinge is en dat 'n bepaling wat indirek

---

65 1981 3 SA 406 (A).

66 Vgl die opmerkings van Innes HR in *Morrison v Anglo Deep Gold Mines* 1905 TS 775–779; Turpin "Contract and imposed terms" 1956 *SALJ* 157.

67 1984 4 SA 874 (A).

68 *Stocks & Stocks (Pty) Ltd v TJ Daly & Sons (Pty) Ltd* 1979 3 SA 754 (A).

die effek van 'n uitsluiting het in beginsel net so effektief behoort te wees as een wat dit eksplisiet, in soveel woorde, probeer doen. Vanweë die kompleksiteit van die kwessie van finansieringskoste en die feit dat dit hier om ingewikkelde en eensydig opgestelde standaardkontrakte gaan wat in 'n konteks van ongelyke bedingingsmag aangewend word, sou dit myns insiens raadsaam wees om enige poging tot uitkontraktering so eksplisiet en eenvoudig moontlik te stel. Resente ontwikkelinge op die gebied van die sogenaamde *caveat subscriptor*-reël stel dit duidelik dat, in die afwesigheid van 'n werklike besef by die ondertekenaar van wat hy onderteken, sy aanspreeklikheid berus op die vertroue van instemming en aanvaarding wat ondertekening by die voorlegger van die dokument skep. Hierdie vertroue moet egter 'n redelike een wees. Of dit die geval sal wees ten opsigte van 'n klousule wat indirek op verskuilde wyse 'n reël probeer uitsluit wat in belang van die ondertekenaar is en wat boonop in 'n besonder komplekse dokument vervat is, is te betwyfel.[69]

---

69 Sien in die algemeen *Du Toit v Atkinson's Motors Bpk* 1985 2 SA 893 (A); *Spindrifter (Pty) Ltd v Lester Donovan (Pty) Ltd* 1986 1 SA 303 (A).

PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

Uit hierdie fonds word finansiële hulp vir die publikasie van regsproefskrifte en ander verdienstelike manuskripte verleen.

Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:

Prof DJ Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

Legal philosophy as a political tool in South Africa*

AJGM Sanders
BA LLM
Principal Researcher, Institute of Foreign and Comparative Law, University of South Africa

OPSOMMING

Regsfilosofie as 'n politieke werktuig in Suid-Afrika

Regsfilosofie het 'n rigtinggewende politieke funksie. Reëls, werkwyses en waardes behoort met die oog op die toekoms gemeenskapsgerig ondersoek te word.

Die bestaande Suid-Afrikaanse regsfilosofie getuig van verdeeldheid en verwarring omtrent die toekomstige maatskaplike bestel. Die verklaring lê in 'n gebrek aan deurdringende gemeenskapsgerigtheid.

1 INTRODUCTION – LEGAL PHILOSOPHY AND SOCIETY

For philosophers to confine their activities to the ivory tower of learning and embark on a game of wits is to parasitise society. Their task is to collect and process data with the primary aim of assisting society in the formulation of policy. Plato, in his vision of the ideal state, even went so far as to entrust to philosophers a kingly role. Lourens du Plessis, with reference to the role of legal philosophers in contemporary society, is satisfied with assigning to them the function of "traffic officers".[1] While Plato's vision has yet to materialise, philosophers – legal philosophers in particular – have indeed played a distinct role in directing the traffic of politics in society. Alas, much of what is presented as legal philosophy does not deserve the name, and what valuable theory is available, is often distorted or ignored by short-sighted command-politicians and obliging lawyer-consorts. This sad state of affairs all too often reflects, I regret to say, the history of legal philosophy in South Africa.

2 LEGAL PHILOSOPHY AND THE ORDINARY PERSON'S PERCEPTION OF LAW

For the ordinary person, wherever he or she may be, law stands for rule, process and value. The following example, taken from everyday life, illustrates this. X parks his car in a quiet part of town. There are parking meters. X is aware of

---

* This is the annotated text of a paper delivered in Pretoria on 1989-01-26 at the Human Sciences Research Council's "Conference on knowledge and method".

1 "Regswetenskap en regsfilosofie" 1980 *De Jure* 39.

the town's stiff parking fines but also knows that there are seldom, if ever, traffic officers in that part of town. What really spurs him on not to put a coin in the parking meter, is his strongly-felt conviction that parking ought to be free in uncongested areas. When asked to explain his decision not to pay the parking fee, his answer is: "I know the rules, but I also know that they are seldom enforced, and what is more, that they are thoroughly unjust." Clearly, X's view of the law is three-dimensional: to him, law stands for rule, process and value.

Traditionally, the ordinary person's perception of law formed the foundation upon which legal philosophy was built. At the beginning of the nineteenth century, however, a break in communication between legal philosophers and society occurred in Europe. The rift has yet to be healed. It was the call for "science" which induced European legal philosophers of that time to try to separate the "is" from the "ought" – a folly which was subsequently exported to Europe's colonies, South Africa included. Legal philosophy, it was felt, should concern itself solely with what "is", by which was meant "rules". Accordingly, law came to be defined as a command structure, "posited" or laid down by a determinate political force. "Positive law", it was argued, constituted the real law, and the "science of law" should thus confine itself to its systematisation.

As a matter of course, the concept of legal positivism was soon seized upon by unscrupulous politicians to legitimate all sorts of social oppression. This must have embarrassed *bona fide* legal philosophers. Yet it was to require two world wars and the atrocities of capitalism, colonialism and facism to reinstate the study of the "ought", or "natural law", among European legal philosophers.

In white South African circles, natural-law thinking took up its rightful place from the early 1950s onwards, in reaction to the policy of apartheid and the way in which the sovereignty of parliament was interpreted by the ruling National Party. It was Beinart,[2] Cowen,[3] Molteno[4] and Schreiner[5] who led the way towards this restoration of natural-law thinking in South Africa. A few years later, Mathews[6] launched a full-scale attack on the security laws of the country, and Dugard, in his seminal inaugural address, entitled "The judicial process, positivism and civil liberty",[7] set in motion the critical study of the role of the judiciary in an apartheid society.[8]

---

2 "Sovereignty and the law" 1952 *THRHR* 125; "The liberty of the subject" 1953 *THRHR* 27; "Parliament and the courts" 1954 *Butterworths South African Law Review* 134; "The rule of law" 1962 *Acta Juridica* 99.

3 *Parliamentary sovereignty and the entrenched sections of the South Africa Act* (1951); *The foundations of freedom* (1961).

4 "The rules behind the rules of law" 1965/6 *Acta Juridica* 135.

5 *The contribution of English law to South African law; and the rule of law in South Africa* (1967).

6 *Law, order and liberty in South Africa* (1971); *The darker reaches of government* (1978); *Freedom, state security and the rule of law* (1986).

7 1971 *SALJ* 181; see also his *Human rights and the South African legal order* (1978).

8 See Gauntlett "Aspects of the value problems in judicial positivism" 1972 (2) *Responsa Meridiana* 204; Forsyth and Schiller "The judicial process, positivism and civil liberty II" 1981 *SALJ* 218; Dugard "Some realism about the judicial process and positivism – a reply" 1981 *SALJ* 372; Dyzenhaus "Positivism and validity" 1983 *SALJ* 454, and "Judging the judges and ourselves" 1983 *SALJ* 496; Wacks "Judges and injustice" 1984 *SALJ* 266; Dugard "Should judges resign? – a reply to Professor Wacks" 1984 *SALJ* 286; Wacks "Judging judges: a brief rejoinder to Professor Dugard" 1984 *SALJ* 295; Davis "Positivism and the judicial function" 1985 *SALJ* 103; Dyzenhaus "Judges, equity, and the truth" 1985 *SALJ* 295; Hoexter "Judicial policy in South Africa" 1986 *SALJ* 436; Corder *Judges at work: The role and attitudes of the South African Appellate Judiciary, 1910–50* (1984); Forsyth *In danger for their talents: a study of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa from 1950–80* (1985); Van Blerk *Judge and be judged* (1988).

The days of legal positivism are definitely over in South Africa, but South African legal philosophy has yet to strike a balance between rule, process and value. The restoration of the "ought" is still far from complete and will never be completed as long as sociological studies of the law-in-process remain in an infant stage.[9]

For want of philosophical background, most law teachers continue to bombard their students with rules with little or no reference to their societal relevance.[10] Special courses in legal philosophy are offered, but are often optional and designed in such a way as to steer clear of contentious national issues, or worse, reflect the teacher's predilection for a particular "school of thought". However, on the credit side, publications of a legal philosophical nature which cover topical issues are plentiful these days, and they will eventually make their impact felt on the teaching and the practice of law in this country.

In the meantime, society cries out for guidance. Hence, McQuoid-Mason's[11] far-sighted decision to bridge the gap between legal philosophers and society by taking the law to the streets and alleys of the country and allowing the people to air their views. The feed-back from McQuoid-Mason's educational programme ought to be of valuable assistance to legal philosophers in their task of re-establishing contact with the ordinary person.

3 LEGAL PHILOSOPHY AS A POLITICAL TOOL IN SOUTH AFRICA – PAST AND PRESENT

The following approaches are discernible:

3 1 The rule-of-law approach

The rule-of-law approach dates back to the opposition which grew against the absolutist monarchies of medieval Europe. In the struggle against absolutist rule, recourse was had to Greek and Roman natural thinking, and it was out of this that philosophers such as Locke, Montesquieu and Rousseau developed a rule-of-law theory which still makes its impact felt, also in our part of the world. This theory is value-orientated, and the value it represents is respect on the part of government for the dignity and equality of man and his freedom.

The cry for freedom and equality is well-known in South Africa, and the rule of law has been invoked many a time in its support. During the first half of the nineteenth century, liberal government in the Cape saw to it that freedom of religion was recognised, slavery abolished, the economy freed, and the concept of representative government introduced. However, this liberal reign was of short duration. Distrustful of its outcome, a large segment of the Afrikaner population of the Cape embarked north on the Great Trek, where they established their own exclusive republics at the expense of the indigenous population. Shortly afterwards, it was Cecil John Rhodes – the archetypal British imperialist

---

9 See Hund and Van der Merwe *Legal ideology and politics in South Africa: a social science approach* (1986) 119.

10 See Davis "Legal education in South Africa: a re-examination" 1978 *SALJ* 424; Du Plessis " 'n Regsorde sonder norme?" 1984 *THRHR* 138; Kaburise "The role of legal education in a changed South African society: an outsider's reflections" 1987 *CILSA* 316; Church "Reflections on legal education" 1988 *THRHR* 153.

11 "Street law" 1987 *De Rebus* 395.

– who ventured northwards to establish British control over all and sundry. By the end of the nineteenth century, the rule of law had lost its influence in South Africa, and war had taken its place, "a warre, as is of every man, against every man", as Thomas Hobbes has described man's pristine state of nature. In their own interest, the warring European factions made peace, and in 1910 formed the Union of South Africa. The non-European section of the population, however, fell outside this social contract and were to suffer as never before. It was their sad fate which led to the revival of the rule-of-law approach in South Africa. The African National Congress, which was formed in 1912, took the initiative in calling for a bill of rights and a nationwide rule of law.[12] The European liberal element followed suit.[13] Today, the idea of a bill of rights for South Africa forms the subject-matter of much legal writing, and finds support even in the circles of the conservative Afrikaner opposition.

3 2 The law-by-rule approach

In South Africa until now, the rule-of-law approach has never really been able to gain the upperhand over the law-by-rule approach. In a way it is to be expected that in a developing society, rule (in the sense of command) should prevail. South Africa still forms part of the developing world, and its pluralistic cultural and economic composition does not make development easier. Command – so its governors argue in quasi-Hobbesian fashion – is necessary to achieve a state of certainty, safety and peace. In the absence of effective popular control and internal governmental checks and balances, however, command inevitably leads to absolutism and from there, to corruption. This is exactly what has happened in South Africa. Since the days of VOC rule, South African history has shown a long and sad procession of absolutist command structures, the one replacing the other, with ever greater viciousness. To shake off this heritage will be no mean task; a task in which legal philosophers will have to play a leading role.

To the detriment of legal philosophy in this country, there still are law teachers – though this group is dwindling rapidly – who will purposely give legitimacy to absolutist government, whereas others continue to do so indirectly by "sticking to the rule" and ignoring the law's capacity to "live" and its value aspect. And even though there is no tradition among South African lawyers of publicly announcing that "might is right", numerous examples can be cited of inherently noble concepts and theories imported from abroad having been twisted into local instruments of oppression. Thus the concept of the sovereignty of parliament has been employed to sanctify minority rule.[14] The rule of law has been equated with the law by rule so as to turn the "is" into the "ought" and prevent

12 See Karis and Carter *From protest to challenge – a documentary history of African politics in South Africa 1882–1964* (4 vols) (1973); Meli *South Africa belongs to us – a history of the ANC* (1989).

13 See fn 2–7. See further Dugard "Human rights in South Africa – retrospect and prospect" in *Human rights: the Cape Town conference* ed Forsyth and Schiller (1979) 263; "The quest for a liberal democracy in South Africa" 1987 *Acta Juridica* 237; Dugard "Human rights and the rule of law, I" and Mathews "Human rights and the rule of law, II" in *Democratic liberalism in South Africa – its history and prospect* ed Butler, Elphick and Welsh (1987) 271 281.

14 As pointed out in the literature referred to in fn 13.

any further talk of conflict between them.[15] Dutch Calvinist theory of "sphere sovereignty" has been distorted to justify apartheid.[16] Lijphart's theory of "consociationalism" has been hijacked to lend respectability to the Constitution of the Second Republic,[17] and more recently the concept of the bill of rights has been seized upon with a view to perpetuating apartheid *via* the protection of ethnic group rights.[18]

3 3 Religious approaches

Religion has always been close to the heart of most South Africans, particularly in times of hardship. The following examples will illustrate this:

While some Afrikaners still attempt to seek the foundation of apartheid and their search for an exclusive homeland in biblical texts, the majority of South African Christians invoke the Bible with a view to justifying their claim to freedom and equality within an integrated society.

Gandhi (1869–1947), who formulated his philosophy of satyagraha or non-violent resistance to oppression, while conducting his defiance campaigns in South Africa, did so with reference to religious writings, notably the Bhagavad-Gitá.[19]

Another lawyer-cum-philosopher, Lembede (1914–1947), based his philosophy of "Africanism" which laid the foundation of the Black Consciousness and African Socialist movements in South Africa, on the religious notion of the "African Spirit".[20]

And lately, that is to say from the mid-1970's onwards, neo-Calvinist legal philosophers have joined forces with secular liberals in the human rights campaign.[21]

---

15 See VerLoren van Themaat *Staatsreg* (1956) 116, and its second edition by Wiechers (1967) 128. In the third edition (1981), however, Wiechers saw fit to revise the section on the rule of law and restore the rule of law in its real meaning.

16 As pointed out by Van der Vyver "The state, the individual and society" 1977 *SALJ* 292 fn 4, and Hund and Van der Merwe *Legal ideology and politics in South Africa: a social science approach* (1986) 35 75 84.

17 As evidenced by Van der Vyver *Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* (1984) ch 11.

18 See Jacobs " 'n Juridiese analise van die konstitusionele voorstelle vir 'n nuwe grondwetlike bedeling in Suid-Afrika" 1979 *THRHR* 267; Booysen *Volkereg* (1980) 405. For warning sounds in this regard, see Du Plessis "Law, race and ethnicity in a plural society" 1985 *TRW* 89; Sanders "The bill-of-rights issue: good government first" 1986 *TRW* 212; "A bill of rights for South Africa?" 1986 *SA Public Law* 1.

19 See Gandhi *An autobiography : the story of my experiments with truth* (1958); *Non-violence in peace and war* (2 vols) (1948–9); *Satyagraha in South Africa* (1950); Meer *Portrait of Indian South Africans* (1969) 23; Richards *The philosophy of Gandhi* (1982).

20 See Sanders "Anton Muziwakhe Lembede – pioneer of African nationalism" 1986 (2) *Codicillus* 11; Cornwall "Lembede – the original young lion" 1987 (2) *African Law Review* 8.

21 See (a) Van der Vyver *Die beskerming van menseregte in Suid-Afrika* (1975); *Seven lectures on human rights* (1976); "The function of legislation as an instrument for social reform" 1976 *SALJ* 56; "The state, the individual and society" 1977 *SALJ* 291; "The concept of human rights: its history, contents and meaning" in *Human rights: the Cape Town conference* ed Forsyth and Schiller (1979) 10; "Law, order and society" 1980 *THRHR* 278; "Parliamentary sovereignty, fundamental freedoms and a bill of rights" 1982 *SALJ* 557; "Human rights aspects of the dual system applying to Blacks in South Africa" 1982 *CILSA* 306; "Die regsfilosofie van Hugo de Groot" 1983 *THRHR* 151; "The bill-of-rights issue" 1985 *TRW* 1; "Political power constraints and the American Constitution" 1987 *SALJ* 416.

3 4 The neo-Marxist approach

In South African legal literature, neo-Marxist thinking has only come to the fore since 1980 with the writings of Davis.[22] His critique of the current human rights campaign in South Africa is aimed at the campaign's underlying assumption that by giving substance to a liberal/capitalist doctrine of human rights, the law will build a just and peaceful society. The prevailing material conditions, he believes, provide an insurmountable obstacle to the proletariate's ability to participate fully in the shaping of society. An entirely new concept of human rights needs to be developed, the primary thrust of which should be the redistribution and reallocation of wealth and resources. Only thus can positive law and human rights, with all their procedural and libertarian provisions, have a chance of reducing conflict within South African society.

Davis is not alone in this approach. His viewpoint is shared by many other South Africans, notably those in the circles of the "extra-parliamentary" opposition.

3 5 "Right-consciousness" versus "duty-consciousness"

A remarkable difference between the secular as well as the religious European approaches on the one hand, and the Africanist (Lembede), Hindu (Gandhi) and Islamic[23] approaches on the other, is that the former emphasise rights, whereas the latter stress duties. This conflict in approach is not without practical consequences, for whereas right-consciousness tends to play a divisive role in

---

continued from previous page

(b) Du Plessis "Regswetenskap en regsfilosofie" 1980 *De Jure* 22; " 'n Regsorde sonder norme?" 1984 *THRHR* 127; "Thoughts on law, order and state security" 1985 *TSAR* 233; " 'n Regsteoreties-regspolitiese peiling van die menseregtehandvesdebat in Suid-Afrika" 1987 *TRW* 124 (an English version of which, titled "The position of human rights in South Africa", appears in *South Africa: the challenge of reform* ed Van Vuuren, Wiehahn, Rhoodie and Wiechers (1988) 225); "Calvin, Calvinism and present-day South Africa" in *Essays in law and social practice in South Africa* ed Corder (1988) 31.

(c) Raath "Die teoretiese grondslag van menseregte volgens die wysbegeerte van die skeppingsidee" 1984 *Obiter* 29; "Grondbeginsels van 'n Calvinistiese regsleer" 1985 *Obiter* 48; "Jural freedom and legal principles: their nature and role in public law" 1987 *SA Public Law* 21; "Die radikale regsleer: Davis en die valse dilemma" 1988 *De Jure* 74.

Venter, however, rejects the Calvinist-liberal alliance as unholy: "The withering of the rule of law" 1973 *Speculum Juris* 69; "Die staatsregtelike soewereiniteit van God" 1977 *TSAR* 64; "Menseregte, groepsregte en 'n proses na groter geregtigheid" 1986 *SA Public Law* 202; "The Western concept of rights and liberties in the South African constitution" 1986 *CILSA* 99.

22 "Human rights – a re-examination" 1980 *SALJ* 94; "Human rights – a rebutter" 1980 *SALJ* 616; "The rule of law and the radical debate" 1981 *Acta Juridica* 65; "The Scandinavian realists – a way out of the positivistic impasse" 1981 *SALJ* 388; "Post-apartheid South Africa – what future for a legal system?" 1987 *Acta Juridica* 220; "Legality and struggle: towards a non-instrumentalist view of law" in *Essays on law and social practice in South Africa* ed Corder (1988) 65 and in *Law and justice in South Africa* ed Hund (1988) 103. See also Suttner "Law, justice and the nature of man: some unwarranted assumptions" 1973 *Acta Juridica* 173; "The ideological role of the judiciary in South Africa" in *Law and justice in South Africa* 81.

23 See Bulbulia "The ethical foundations and distinctive features of Islamic law" 1985 *CILSA* 215; Haq-Nadvi *Islamic legal philosophy* (1989).

social life, particularly in a pluralistic cultural and economic society, duty-consciousness will promote social cohesion.[24]

4 LEGAL PHILOSOPHY AS A POLITICAL TOOL IN SOUTH AFRICA – THE FUTURE

It is the immediate task of the South African legal philosopher to record people's perceptions of law, to ascertain how different the various perceptions really are, and to define a common core of values. Rather than offering their pursuasive powers to a particular sector of the community, legal philosophers should serve the community at large. They should listen to the people and not hesitate to subject ideas assimilated from the past or from abroad to critical study, and if these are proved false or inappropriate, to abandon them and formulate new ones. In this way they will be able to expose social myths for what they are, and set new, common targets which will divert people's attention from what has separated them in the past.

My plea is for a *communitarian legal philosophy* which will concern itself with rules, processes and values, with a view to promoting the *common* good. Communitarianism is not new to the South African milieu. It was manifest in both indigenous African and early Voortrekker society. In respect of contemporary South African society, however, communitarianism has yet to be given content. The need for a new social contract becomes ever more apparent. Experience has shown that tribalism, apartheid, individualistic liberalism, capitalism, and the positive law in their support are conflict-ridden. By highlighting the common good, as distinct from individual or group autonomy, communitarian legal philosophy will play a crucial role in the formation of a new South African nation state. It will support the notion of government but will insist that command be exercised in an atmosphere of popular consensus, and with respect for the dignity of man. Accordingly, the people ought to be given the maximum opportunity of engaging in meaningful debate over rules, processes and values that affect them all. To devise ways and means of making this possible constitutes the primary task of communitarian legal philosophy in South Africa.

5 CONCLUSION – THE INFINITE SPIRAL OF RULES, PROCESSES AND VALUES

Legal philosophy is not an end in itself, but a tool of social ordering. Accordingly, it ought to adopt the holistic approach of representing law as rule, process and value, rather than the "scientific" approach of raising barriers between these fields of knowledge. In addition, it must project the past into the future. History shows a clearly distinguishable spiral of rules, processes and values, but also a growing "battle of schools" at each new curve of the spiral. A more communitarian approach among legal philsophers will no doubt facilitate the upward motion. While there can be no gainsaying that the Western rule of law is an

24 See Sanders "Conflict and consensus in South African natural law thinking" 1984 (2) *Codicillus* 24 (reprinted in 1985 *Verfassung und Recht in Übersee* 159 and *Law and justice in South Africa* ed Hund (1988) 193); Venter "The Western concept of rights and liberties in the South African constitution" 1986 *CILSA* 99.

inherently noble and sophisticated instrument,[25] it is too right-conscious to provide a solution to the current social conflict in South Africa. What South Africa stands in need of, is a rule-of-law approach which, with the help of comparative law and sociological legal studies, will strike a balance between rights and duties, and more generally, between consensus and command.[26]

---

25 See Sanders "Die 'rule of law' " – 'n gemeenskaplike Westerse gedragskode" 1971 *THRHR* 284.

26 See Sanders "Die belangrikheid van regsvergelyking vir beter begrip en effektiewe hervorming van die Suid-Afrikaanse regstelsel" in *Huldigingsbundel vir WA Joubert* ed Strauss (1988) 132; "Towards a peoples' philosophy of law" 1987 *Journal of African Law* 37; "The Freedom Charter and ethnicity – Towards a communitarian South African society" 1989 *Journal of African Law* 105.

Only few would suggest that more than a very small number of judges – except, of course, in totalitarian countries, where they consciously serve political ends – deliberately shape the law in accordance with certain class interests. The process is a more subtle one. Certain conceptions usually prevail among the legal profession, and, owing to its prevalent composition, it is, on the whole, in line with the conceptions of those dominant in their society. Legal continuity and tradition is often subtly moulded so as to serve these interests, often unconsciously (*per* Friedman 4 *Modern LR* 158).

Die geskiedkundige agtergrond van die militêre reg*

MM Oosthuizen
M Admin LLB
Senior Lektor in die Publieke Reg, Universiteit van Port Elizabeth

SUMMARY

Historical background of military law

This article is based upon the hypothesis that the common law of the South African military law is the Roman military law as influenced by English military law. In accordance with this hypothesis, aspects of the Roman, medieval, English and South African military law are discussed. It is pointed out that where the legislature is silent on a matter of military law, the military common law must be consulted. Because of the importance of the concept of *imperium militae* in the military common law, the practical implication will be that the supreme commander of the military forces ultimately responsible for the discipline in the military (the State President), must be asked for instructions whenever the Military Discipline Code is silent.

1 INLEIDING

Oor die geskiedenis van die Suid-Afrikaanse militêre magte het verskeie werke reeds verskyn,[1] maar geeneen het aan die geskiedkundige agtergrond van militêre reg aandag gegee nie. Gewoonlik word bloot aanvaar dat die Suid-Afrikaanse militêre reg van Britse oorsprong is, en dat dit tot 1958 op 'n Engelse militêr-regtelike lees geskoei was toe met die Verdedigingswet 44 van 1957 gepoog is om die militêre reg meer in ooreenstemming met die burgerlike regspleging[2] te bring.[3] Dié standpunt is waarskynlik aangewakker deur die bepalings van artikel

---

* Hierdie publikasie spruit voort uit navorsing vir die LLD-graad aan die Universiteit van Suid-Afrika.

1 Vgl bv Tylden *The armed forces of South Africa* (1982); Perridge *History of the Prince Alfred's guard* (1939); Marks *Our South African army today* (1977); Martin *The Durban light infantry: 1854–1960* vol 1 en 2 (1969); Orpen *The Cape Town highlanders: 1885–1970* (1970) en Orpen *The History of the Transvaal horse artillery: 1904–1974* (1975). Sedert 1969 word 'n militêr-historiese en vaktydskrif met die titel *Militaria* deur die Suid-Afrikaanse weermag gepubliseer, maar dit bevat weinig historiese gegewens oor die militêre reg.

2 Die burgerlike regspleging is oorwegend van 'n Romeins-Hollandse aard en oorsprong. Raadpleeg Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* (1979) 1; Wessels *History of the Roman-Dutch law* (1908) 1–401; Hahlo en Kahn *The South African legal system and its background* (1968) 579–596; Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die regswetenskap* (1982) 166–220; Hosten, Edwards, Nathan en Bosman *Introduction to South African law and legal theory* (1980) 129–217.

3 De Villiers "Die Suid-Afrikaanse militêre regstelsel" 1974 (2) *Codicillus* 9; Postma "Regterlike hersiening van die verrigtinge van krygsrade" 1961 *SALJ* 434–435.

95 van die Zuid Afrika Verdedigingswet 13 van 1912, wat die Britse Army Act van 1881 in beginsel vir die handhawing van dissipline op die verdedigingsmag van die Unie van toepassing gemaak het;[4] dit is dus nietemin 'n oorvereenvoudiging wat nie rekening hou met die moontlikheid dat die Engelse militêre reg vanuit 'n vreemde bodem kon ontstaan het of met die oordrag na Suid-Afrika deur vreemde regstelsels[5] beïnvloed kon gewees het nie.

Die hipotese word gestel dat die militêre reg uit die Romeinse reg stam, wat met die totnietgaan van die Romeinse ryk deur die inwoners van Wes-Europa toegepas is en wat deur die Normandiërs in 1066 na Engeland oorgedra is vanwaar dit na Suid-Afrika versprei het. Die Suid-Afrikaanse militêre reg is volgens hierdie hipotese nie van Britse nie maar van Romeinse oorsprong *via* die Britse reg.[6] Verskeie faktore bemoeilik egter die klinkklare stawing van hierdie hipotese. 'n Gebrek aan regshistoriese studie van hierdie onderwerp, die beïnvloeding wat 'n militêre regstelsel in kontak met 'n ander regstelsel ondergaan, politieke twis rondom beheer oor die militêre magte en 'n onwilligheid om openlik die idees van 'n vyand oor te neem, vertroebel naamlik die aangeleentheid. In navolging van die hipotese word vervolgens op aspekte van die Romeinse, middeleeuse, Engelse en Suid-Afrikaanse militêre reg gelet.

2 ROMEINSE MILITÊRE REG

Die Romeinse staatkundige geskiedenis word gewoonlik ingedeel in die konings-, die republikeinse en die keisertydperk.[7] Hierdie indeling word gemaak rondom die begrip *imperium*, wat die hoogste en oorspronklike regerende gesag in die samelewing aangedui het.[8] Tydens die koningstydperk was die *imperium* gesetel in die oorerflike amp van staatshoof wat as koning aan die hoof van die staatsgodsdiensbeoefening, staatsadministrasie, regspleging en militêre magte gestaan het. Met die republikeinse tydperk het die *imperium* oorgegaan op twee

---

4 Alhoewel a 95 deur die Wet tot Wysiging van die Verdedigingswet en op Vrygewestelike Magte 32 van 1932 herroep is, het a 2(1) van lg wet in beginsel die voortgesette toepaslikheid van die Britse militêre reg (vir sover dit nie hier te lande gewysig is nie) bevestig. Die vloot, vir wie 'n spesiale reëling in a 22 van die Zuid Afrika Verdedigings Wet 13 van 1912, gelees met a 2(3) van die Wet tot Wysiging van die Verdedigingswet en op Vrygewestelike Magte 32 van 1932, geskep is, was ook aan die Britse militêre reg onderworpe. Die ooreenstemming tussen die bedelings voor en na 1958, gesien teen die agtergrond van imperiale Brittanje se rol in die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse militêre magte, verklaar in 'n mate hoekom die onderhawige standpunt blindweg aanvaar word.

5 Soos die Switserse reg. Vgl Dale "The South African armed forces and their link with the United Kingdom and the Commonwealth of Nations: 1910–1961" 1979 1 *Militaria* 4.

6 Die tema sluit aan by Laffin *Links of leadership* (1966) 11, wat beweer dat elke voortreflike militêre bevelvoerder beïnvloed is deur uitstaande krygers van die verlede. Die Romeinse militêre wetenskap (insluitende die militêre reg) kan waarskynlik ook teruggevoer word na die ouere bevolkings van Italië (soos die Etruskers) of die Grieke, *via* die handelsbande tussen die Griekse stadstate en die Etruskers (vgl Webster *The Roman imperial army* (1981) 17–19).

7 Van Zyl en Van der Vyver 167–168; Van Zyl *Geskiedenis en beginsels van die Romeinse privaatreg* (1977) 1–7; Van Warmelo *Die oorsprong en betekenis van die Romeinse reg* (1959) 15–128. Weens 'n gebrek aan ruimte en omdat die Suid-Afrikaanse juris stellig met die Romeinse reg en regsgeskiedenis bekend is, word die besonderhede nie herhaal nie.

8 Postma "Roman military law" 1968 *SALJ* 65 beskryf *imperium* so: "The *imperium* originated in the legendary history of the kings and was founded on the presumption that the king's *imperium* was unlimited. It contained a combination of the highest capacity to command and to administer justice. Thus *imperium* was the supreme power in the Roman State." Raadpleeg ook Van Warmelo 35 oor die begrip.

verkose staatshoofde genoem *consules*, maar die regsplegende bevoegdheid is afgewentel na 'n ander amptenaar – die *praetor*. Die eerste fase van die keisertyd, bekend as die prinsipaat, is gekenmerk deur die skyn dat die *imperium* by die senaat en die volksvergaderings berus terwyl dit in werklikheid deur die keiser as 'n alleenheerser uitgeoefen is. Met die tweede fase van die keisertyd, genoem die dominaat, het die keiser die skyn laat vaar en openlik outokraties regeer. Tydens die keisertyd het *imperium* nie aan die staatshoof deur oorerwing of verkiesing toegekom nie, maar deur 'n blote oorname van beheer.

Oor 'n tydperk van twaalf eeue[9] het die Romeinse samelewing nie net staatkundige veranderings beleef nie, maar ook op sosiale gebied 'n klassestryd tussen die bevoorregte adel (*patricii*) en die minderbevoorregtes (*plebeii*) ondervind[10] terwyl dit op ekonomiese gebied vanaf 'n primitiewe landbou-gemeenskap tot 'n handeldrywende wêreldryk ontwikkel het.[11] Te midde van al hierdie gebeure het die Romeinse samelewing ook roem weens sy militêre bedrewenheid verwerf. 'n Oorsig van Rome se militêre geskiedenis[12] dui daarop dat die uitbreiding van Rome se invloedsfeer aan militêre mag toegeskryf kan word. 'n Ontleding van die Romeinse militêre strategie toon aan dat die klem aanvanklik op mobiliteit was (sodat uitbreiding maklik kon plaasvind),[13] daarna verskuif het na grensverdediging (om te behou wat oorwin is)[14] en oplaas gegaan het om die beveiliging van die keiser se persoonlike mag (deur 'n verdediging-in-diepte, gedoen deur grenstroepe te onttrek en hulle in Italië te versprei).[15] Vanselfsprekend het die Romeinse leër net soos die Romeinse samelewing oor die jare ingrypend verander,[16] maar nogtans is dit moontlik om 'n deurlopende en kenmerkende sisteem van militêre reg te onderskei.[17]

2 1 Aanwerwing van die Romeinse leër

Die aanwerwing van die Romeinse leër het hoofsaaklik op 'n *census*, wat blykbaar deur die sesde koning Servius Tullius ingevoer is, berus. Alle Romeinse burgers het op die *campus martius*[18] buite die stad Rome (duskant die eerste mylsteen of *ab militae*) vergader, waar hulle op grond van rykdom (eers na

9 Vanaf ongeveer 753 vC tot 476 nC. Die begindatum van die Romeinse ryk berus op die legendariese stigting van Rome deur Romulus, terwyl 4 September 476 as die einde van die Romeinse ryk beskou word. Die Barbaarse generaal Odoàker, wat eers in die Romeinse leër onder Orestés gedien het, het aan die spits van muitende huursoldate op dié datum finaal beheer oor Italië verkry deur keiser Romulus Augustulus te verjaag. (Raadpleeg Dupuy en Dupuy *The encyclopedia of military history* (1970) 177.)

10 Van Warmelo 32; Van Zyl (1977) 3–4.

11 Van Warmelo *'n Inleiding tot die studie van die Romeinse reg* (1965) 9.

12 Raadpleeg Dupuy en Dupuy 58–76 81–118 122–131 134–162 en 166–167; Zook en Higham *A short history of warfare* (1966) 46–56.

13 Luttwak *The grand strategy of the Roman empire* (1981) 7–50.

14 *Idem* 51–128.

15 *Idem* 129–190.

16 Watson *The Roman soldier* (1970) 11 meld bv dat daar bykans geen ooreenkoms meer was tussen die Romeinse leër wat teen Hannibal by Cannae geveg het en die een wat ses eeue later by Adrianapolis verloor het nie.

17 Brand *Roman military law* (1968) 4–5 skryf dit toe aan die besondere staatsinstellings van Rome en die tipiese Romeinse karakter. Hy wys daarop dat inligting oor die Romeinse militêre reg min en onversamel is omdat navorsers hulle merendeels besig gehou het met die burgerlike regspleging en op geskiedkundige eerder as juridiese geskrifte gekonsentreer het.

18 Dit is vernoem na Mars, die Romeinse god van oorlog.

aanleiding van grond en oesopbrengste bereken, maar later met verwysing na geld) in vyf *classes* ingedeel is. Elke groep is onderverdeel in 'n aantal *centuriae* (wat "honderdtalle" beteken, alhoewel elke groep nie letterlik in honderdtalle verdeel is nie), en na die opname in 'n militêre parade opgestel. Hieruit het 'n belangrike volksvergadering (die *comitia centuriata*) ontstaan, wat met 'n sitting onder leiding van die *censores* die totale weerbare mannekrag van Rome uitgemaak het.[19] So was alle Romeinse burgers onderworpe aan militêre diensplig, in navolging van die gedagte dat die betroubaarste soldaat die een is wat iets gehad het om voor te veg.[20] Uit hierdie reserwemag is 'n leër van vier legioene, in die republikeinse tydperk onder bevel van twee *consules*, deur middel van 'n *dilectus* (loting) saamgestel. Eers is vier-en-twintig *tribuni militum* (militêre offisiere, ses per legioen) deur die volksvergadering gekies (gewoonlik op voorstel van die *consul*), waarna vier mans van gelyke fisiese mag telkens deur loting aangewys is. Elke legioen se *tribuni militum* het beurtelings uit die vier mans gekies, totdat die konsulêre leër saamgestel en die legioene sover moontlik ewe sterk was. Hierna is 'n militêre eed van gehoorsaamheid afgelê, voorgesê deur een soldaat en beaam deur elke ander soldaat met die woorde *idem in me* (dieselfde vir my).[21]

Waar militêre diensplig eers as 'n eer en 'n voorreg vir elke Romeinse burger beskou is, het dit later ongewild en onvoldoende vir die mannekragbehoeftes van die Romeinse verdediging geword. Militêre diensplig gebaseer op die *census* (en dus op eiendomsbesit) is behou, maar vrywilligers het veral na die veranderinge aangebring deur konsul Marius 'n groter rol gespeel. Hierdie vrywilligers is aanvaar selfs al het hulle nie aan die eiendomskwalifikasie voldoen nie; dit het die weg gebaan vir 'n professionele leër wat nie meer net uit Romeinse burgers bestaan het nie.[22] Op dié wyse het Rome 'n staande mag opgebou wat weens die persoonlike lojaliteit aan die generaals daarvan later 'n bedreiging vir die burgerlike staatsgesag in Rome geword het. 'n Generaal soos Julius Caesar byvoorbeeld het die leër as 'n politieke magsbasis gebruik om uiteindelik keiser van Rome te word.[23] Met die territoriale uitbreiding van die Romeinse ryk het verskeie provinsies onder die beheer van die Romeinse leër gekom en het die leër 'n provinsialisering ondergaan deurdat vreemdelinge en selfs van die oorwonne vyand in die leër opgeneem is.[24] Vanaf die koningstydperk tot en met

---

19 Raadpleeg Garlan *War in the ancient world* (1975) 86–89; Webster 19–20; Brand 8–12; Connolly *The Roman army* (1975) 10; Smith *Service in the post-Marian Roman army* (1961) 1–5.

20 Webster 20.

21 Raadpleeg Connolly 10; Watson 31; Smith 60; Brand 46–47. Volgens Watson 44–50 is die eed jaarliks herhaal en was die inhoud daarvan hoofsaaklik om aan die bevelvoerder gehoorsaam te wees, om die volle tydperk van diensplig na te kom en om aan die staat lojaal te bly. Brand 91–96 bespreek ander vorms van die militêre eed, soos die soldate se onderlinge eed om nie weens vrees te vlug nie en die eed teen makkerdiefstal. Die klem op gehoorsaamheid en trou aan die staat het later verskuif na gehoorsaamheid en trou aan die bevelvoerende generaal persoonlik, soos blyk uit Garlan 178–179; Webster 41; Brand 91.

22 Garlan 103–107 112–113; Watson 31; Smith 10; Connolly 26–27.

23 Die verskynsel is nie tot die antieke tye beperk nie, soos die militêre staatsgrepe van die twintigste eeu duidelik illustreer. Dat die Westerse kultuur 'n les daaruit geleer het, blyk uit die praktyk dat lede van 'n militêre mag nie in dié hoedanigheid aan politieke bedrywighede mag deelneem nie. Raadpleeg bv a 14 van die Verdedigingswet 44 van 1957, wat bepaal dat 'n lid van die staande mag nie vir bepaalde politieke ampte verkiesbaar is nie.

24 Garlan 107–112. Die uiteindelike oorwinnaar van Rome was, ironies genoeg, die Hun Odoàker wat in die Romeinse leër onder Orestés gedien het.

die keisertydperk het die samestelling en aanwending van die Romeinse leër verander van 'n konskripsieleër bestaande uit Romeinse burgers tot 'n professionele leër bestaande uit 'n verskeidenheid van mense, van Romeinse burgers tot huursoldate en barbare.

2 2 Funksionering van die Romeinse leër

Aanvanklik het die indeling van die Romeinse burgersoldate in vyf *classes* 'n direkte invloed op die militêre funksionering van die leër gehad. Die *classes* het bestaan uit die *equites* (ruitery), *triarii* (swaargewapende en ervare voetsoldate), *principes* (ligtergewapende voetsoldate), *hastati* (voetsoldate gewapen met spiese) en *velites* (onervare voetsoldate gewapen met stokke, klippe of slingervelle). In 'n geveg is die Romeine gewoonlik opgestel met die *velites*[25] die naaste aan die vyand. Hulle het as verkenners gedien en eerste met die vyand slaags geraak, waarna hulle teruggeval het tot agter die *hastati*. Dié het op hulle beurt met die vyand handgemeen geraak en mettertyd teruggeval tot agter die *triarii*. Die *equites* het blykbaar nie normaalweg in 'n enkele gevegslinie by 'n geveg betrokke geraak nie, sodat die *triarii* die laaste linie van weerstand was.[26] Hierdie gevegspatroon was 'n duidelike weerspieëling van die Romeinse klasindeling wat die ryk adelstand onbillik bo die armes bevoordeel het. Elke soldaat moes sy eie wapentoerusting verskaf[27] met die gevolg dat diegene met minder bates slegter bewapen was maar nogtans op die voorpunt geveg het. Bogenoemde bedeling wat waarskynlik in die koningstydperk ontstaan het, is in die republikeinse tydperk ook toegepas. Presies wanneer die tradisionele gevegspatroon verander het, is moeilik om te sê. Sommige meen konsul Marius het met sy hervorming van die leër die ou bedeling afgeskaf[28] terwyl ander meen dat die afskaffing daarvan 'n natuurlike voortvloeisel van die veranderende aard van die leër was.[29] Die "nuwe" Romeinse leër van beroepsoldate het hierna ontwikkel in 'n sterk en veerkragtige leër met 'n plooibare aanwendingsvermoë, wat na opleiding en met dissipline onder briljante leierskap epiese oorwinnings behaal het.[30]

Die Romeinse gevegstaktiek het deurentyd baie streng dissipline geverg, en die leër was bekend vir die uitermate hoë standaard van dissipline wat gehandhaaf is.[31] Die Romeinse sin vir dissipline het nie net in hulle militêre gevegstrategie deurgeskemer nie, maar ook in die bedrywighede wat met oorlogvoering verband hou. 'n Militêre kamp is byvoorbeeld opgeslaan deur 'n wit vlag op die aangewese plek van die bevelvoerderstent (die *praetorium*) te plant, hierrondom in 'n vaste patroon rooi vlae vir die *tribuni* se tente, en spiese in die grond te druk wat die buitelyne van die kamp ('n simbool van Rome) aandui. So goed vertroud was die soldate met hierdie uitleg dat elke afdeling van die slagveld of marsroete af direk na sy plek binne die kamp kon gaan en binne minute tot rus kon kom.[32] Die leër het verder 'n uitgebreide organisasie

25 Hulle was ook bekend as die *rorarii*, afgelei van die woord *rorare* ("to let fall, drop") na aanleiding van die wyse waarop hulle voorwerpe op die vyand "laat reën" het.
26 Garlan 86–89; Connolly 10–11 16–17; Webster 21–25; Brand 11.
27 Connolly 26.
28 *Idem* 26–27; Webster 37–42.
29 Webster 40.
30 Connolly 17; Watson 117–119.
31 Connolly 12–15; Webster 30; Brand 54–56.
32 Raadpleeg Brand 63–82; Webster 116–122; Connolly 46–47.

gehad om bystand in 'n oorlog te verleen. Verskeie ambagsmanne, 'n kampgevolg en hande-arbeiders het die leër vergesel.

Verskillende amptenare was betrokke by die funksionering van die leër.[33] Die militêre opperbevelhebber was in die republikeinse era normaalweg die *consules* of die *praetor*, maar in 'n noodtoestand het 'n *dictator* bygestaan deur die *magister equitum* (hoof van die ruitery) bevel oorgeneem. Hierdie amptenare was beklee met politieke gesag of *imperium* wat hulle binne Rome kon uitoefen, terwyl die militêre gesag of *imperium militae* slegs buite Rome uitgeoefen kon word. Die *imperium militae* was 'n oorspronklike gesag wat in die amp van bevelvoerende generaal gesetel het, en het die aanwerwing van 'n leër, die aanstelling van offisiere en die handhawing van dissipline gemagtig. Die bevelvoerende generaal het verskeie offisiere aangestel om hom by te staan. Die *tribuni*, wat gewoonlik uit die adel aangestel is, het soms as 'n verhoorhof gesit. Die *centuriones* is op grond van meriete aangestel, en het as teken van hulle rang 'n staf (die *vitis*) gedra waarmee hulle by geleentheid summier straf uitgedeel het. Met verloop van tyd het die amp van *legati* ontstaan. Dit was 'n professionele soldaat wat nie soos die *tribuni* na 'n periode na Rome teruggekeer het nie, maar in die leër gebly het en tweede in bevel was. Die *principales* was 'n groep spesialiste wat 'n verskeidenheid funksies, van opleiding tot genesing, verrig het. Al bogenoemde amptenare het 'n gedelegeerde bevoegdheid, afkomstig van die *imperium militae* van die bevelvoerende generaal, gehad.

Benewens bogenoemde militêre amptenare wat kon steun op die *imperium militae* was sommige burgerlike amptenare ook by die leër betrokke. Voorbeelde is die *quaestor* of betaalmeester[34] en die reedsgemelde *censores*. Laasgenoemde is gekies deur die *comitia centuriata* en het nie net die burgers in bepaalde eenhede ingedeel nie, maar het ook toesig oor dissipline gehou. 'n Lid van die *equites* wat vet of onfiks geword het, is eenvoudig sy perd ontneem sodat hy 'n voetsoldaat moes word. By geleentheid is 'n burger se klasindeling verlaag omdat hy 'n grap teenoor die *censor* gemaak het en 'n ander is amper net so behandel omdat hy in die *censor* se teenwoordigheid gegaap het.[35]

2 3 Handhawing van dissipline

Die bevoegdheid om dissipline te handhaaf, het voortgespruit uit die *imperium*, wat soos volg deur Cicero beskryf is:

> "Justa imperia sunto, isque civis modeste ac sine recusatione parento; magistratus nec obedientem et *innoxium* civem multa vinculis verberibusve coerceto, ni par maiorve potestas populusve prohibessit, ad quos provocatio esto. Quam magistratus iudicassit

33 Die *imperium* en *imperium militae* kan met twee ander instellings van die Romeine vergelyk word, nl die *patria potestas* van die familiehoof (*paterfamilias*) waardeur hy die reg van lewe en dood oor sy onderhoriges kon uitoefen, en die *dominium* van 'n eienaar oor sy slaaf wat 'n absolute mag oor eiendom met minder morele of juridiese beperkinge as in die geval van die *patria potestas* was. Vir die Romein was die staat bloot 'n superfamilie, en daarom kan die *imperium* van die staatshoof gelykgestel word aan die *patria potestas* van die familiehoof en die *dominium* van die eienaar. Hierdie instellings stem ook ooreen met die *allegiance*-verhouding wat in Engeland tussen die koning en sy onderhoriges aangetref is.

34 Garlan 157; Webster 117. Hierdie persoon was 'n amptenaar van die senaat, wat deur finansiële beheer 'n invloed oor die leër behou het.

35 Brand 14–15.

inrogassitve, per populum multae poenae certatio est. Militiae ab eo, qui imperabit, provocatio nec esto, quodque is, qui bellum geret, imperassit, ius ratumque esto."[36]

In gevalle van dissipline (*coercitio*) het dit nie gegaan oor die vraag of 'n burger reg of verkeerd was nie aangesien 'n *innoxium* ook gestraf kon word. Wat meer is, indien die burgersoldaat hom buite Rome bevind het, het hy ook nie meer 'n reg van appèl na die volksvergaderings gehad nie. Hierdeur word die verskil tussen regspreking (*iudicatio*) en dissiplinering (*coercitio*), waar die klem op die pligte van die soldaat was en nie op sy aansprake nie, geïllustreer.[37]

Die militêre misdade van die Romeinse reg kan in vier kategorieë ingedeel word:

(a) Ongehoorsaamheid aan 'n offisier of 'n amptenaar belas met militêre aangeleenthede. Hierdie optrede was ooglopend 'n militêre misdaad, omdat gehoorsaamheid 'n voorvereiste vir dissipline was. Die amptenaar wie se bevel verontagsaam is, het self opgetree teen die oortreder.

(b) *Nefas* oftewel 'n oortreding van die goddelike reg (*ius divinum*). By hierdie misdade was die beskuldigde se optrede gewoonlik strydig met 'n eed wat hy afgelê het. Diefstal van 'n waardelose saak is byvoorbeeld in die burgerlike reg as onbelangrik beskou, maar in militêre verband het dit vanweë die eed teen makkerdiefstal 'n misdaad teen die gode en 'n onvergeeflike oortreding geword.

(c) Oortredings van 'n statuut (*lex*). Veral in die keisertyd is verskeie voorskrifte uitgevaardig wat die gedrag van soldate gereguleer het.

(d) *Perduellio* oftewel gedrag wat lei tot die verklaring van 'n persoon as openbare vyand van Rome. Hierdie was die ernstigste misdade wat gepleeg kon word; na die administratiewe bevinding dat 'n persoon wel 'n *perduellis* is, het hy buite die beskerming van die reg geval.[38]

Strawwe wat vir 'n oortreding opgelê kon word, het die volgende ingesluit:

(a) Doodstraf. Soms is *decimatio* toegepas, wat beteken het dat een uit elke tien soldate van 'n eenheid deur loting aangewys en tereggestel is waar die eenheid byvoorbeeld op vlug geslaan het. Die doodstraf is op verskeie wyses voltrek, soos deur die *fustuarium* (waar 'n oortreder met knuppels doodgeslaan is), kruisiging of arena-gevegte met wilde diere; die metodes het van bevelvoerder tot bevelvoerder verskil.

(b) Boetes. Geldstrawwe is opgelê deur 'n gedeelte van die beskuldigde se vergoeding (salaris of deel van die buit) te weerhou.

(c) Verlaging in aansien. Hierby ingeslote was die verlaging in rang binne 'n eenheid asook die oorplasing na 'n ander minder belangrike eenheid.

(d) Oneervolle strawwe. Die ontbinding van 'n eenheid, die oneervolle ontslag van 'n soldaat of enige optrede wat 'n soldaat as oneervol beskou (soos om buite die kamp te slaap), is gebruik.

---

36 *De legibus* III (eie kursivering): "Exercise of the sovereign authority shall be lawful, and it shall be respected by the people, dutifully and without protest. The magistrate shall discipline the disobedient even if *innocent* citizen by fine, imprisonment, or flogging, unless this be forbidden by equal or higher authority, or by the People, to whom there shall be the right of appeal. For one who has been judged and sentenced by a magistrate shall have the right of a trial before the People as to the fine or other penalty imposed. But there shall be no appeal from the commander of an army in the field. The orders of the commanding general shall be accepted as unquestioned law." Sien Brand 22–23.

37 Brand 38–41.

38 *Idem* 99–103.

(e) Lyfstraf. Die summiere uitdeel van houe deur die *centuriones* met hulle ampstawwe of die publieke kastyding van soldate is voorbeelde hiervan.[39]

2 4 Samevatting

Bogenoemde is slegs kort grepe uit 'n geskiedenis van twaalf eeue en kan dus nie 'n volledige beeld van die Romeinse militêre reg gee nie. Verder skep die historiese inslag van die meeste bronne 'n leemte wanneer dit kom by die juridiese aspekte van die Romeinse militêre lewe, en bestaan daar nie juis juridiese geskrifte oor die Romeinse militêre reg nie. Nogtans kan die volgende veralgemenings gemaak word:

Eerstens was die militêre reg 'n integrerende deel van die Romeinse kultuur en daarom ten nouste verbind met die staatsgodsdiens, die burgerlike regspleging, die staatsinstelling en staatsopvattings asook die sosiale en ekonomiese omstandighede wat in die Romeinse samelewing geheers het. Tweedens het die militêre reg 'n uitermate hoë premie op die gehoorsaamheidsplig en dissipline van die soldaat geplaas. Derdens het die totstandbrenging van 'n professionele leër in plaas van 'n konskripsieleër tot gevolg gehad dat lojaliteit aan 'n bevelvoerende generaal persoonlik toegekom het, en nie meer aan die senaat of die Romeinse staat nie. Laastens het die Romeinse militêre reg, vir sover dit dissipline bevorder het, nie net daartoe gelei dat Rome haar invloedsfeer kon uitbou nie maar ook dat die invloedsfeer vir 'n geruime tyd verdedig kon word. Die Romeinse militêre reg was dus besonder geskik vir imperialistiese oogmerke.

3 MIDDELEEUSE MILITÊRE REG IN WES-EUROPA

Met die val van die Wes-Romeinse Ryk op 4 September 476, toe die Germane onder leiding van die muitende Odoàker die Romeinse magte onder keiser Romulus Augustulus oorwin het,[40] het die hegte staatsorganisasie van die Romeinse era gedisintegreer na die losser organisasie van die middeleeue. Die Germaanse invallers wat Wes-Europa by wyse van 'n volksverhuising binnegekom het, was in verskillende stamme ingedeel. Alhoewel die familie-eenhede en stamdorpies die kern van hulle gemeenskapslewe was, is 'n sterk sin vir individualisme binne hierdie groepsverbande geopenbaar.

Die hoogste gesag in elke stam is deur die dorpsvergadering, wat uit alle burgers bestaan het en wat oor alle belangrike sake in verband met oorlog en vrede beslis het, verteenwoordig. Die dorpsvergadering het die militêre leiers verkies op die basis dat hulle vertroue ingeboesem het en vir hulle dapperheid bekend was. Alhoewel hierdie leiers slegs vir 'n enkele veldtog verkies is, het hulle na aftrede steeds die potensiële leiers van die gemeenskap gebly. Die afgetrede militêre leiers het gedurende vredestyd gewoonlik groepe jong manne om hulle geskaar om op strooptogte te gaan. Ten tyde van oorlog het so 'n groep nou verbonde aan die afgetrede militêre leier gebly, en uit hulle het die militêre huishouding of *comitatus* van die leiers ontstaan. Binne die gevolgsgroep het persoonlike bande en verhoudinge vrywillig tot stand gekom en kon dit beëindig word sodra enige persoon sy pligte versaak het. Elkeen het dus oor regte en verpligtinge beskik sodat die gedagte van vryheid en gesag verbind en versoen

39 *Idem* 103–107; Watson 117–126.
40 Dupuy en Dupuy 177.

is. Hierdie sisteem, wat heeltemal los van die stamorganisasie bestaan het, was die basis waarop die militêre reg geskoei is.

Kenmerkend van die Germane se militêrregtelike sisteem, voordat hulle in kontak met die Romeinse samelewing gekom het en beïnvloed was, is die feit dat die stelsel gebaseer was op persoonlike trou aan die leier van elke *comitatus*, wat sy volgelinge moes beskerm, onderhou en van wapenrusting voorsien. Elke leier het op sy beurt weer ten tyde van oorlog sy lojaliteit aan 'n volkskoning, wat slegs ten tyde van oorlog werklike gesag gehad het, gegee. Verder is die stelsel gekenmerk deur die sterk individualistiese grondslag daarvan, in die sin dat die verhouding van persoonlike trou aan die leier vrywillig was en te enige tyd verbreek kon word solank die leier nie in gevaar verkeer het nie. Gevolglik was die militêrregtelike sisteem losweg georganiseer en nie goed gedissiplineer nie. Nogtans het daar 'n mate van orde bestaan aangesien die *reg* as oorheersend en onveranderlik beskou is. Volgens die regsopvatting was elke krygsman verplig om ten tyde van 'n oorlog by sy selfgekose leier te bly, welke leier trou verskuldig was aan die volkskoning wat deur die dorpsvergadering aangewys is. Verder was eierigting tussen lede van dieselfde leër ten tyde van oorlog verbode omdat die "heervrede" dan geheers het. 'n Soldaat wat hierdie regsreëls nie nagekom het nie, het die "vrede" verbreek en is na 'n vredeloosverklaring as buite die reg beskou sodat enigiemand hom straffeloos kon doodmaak. Op hierdie wyse is voorsiening gemaak vir die breë regulering van soldate terwyl dissiplinering van ondergeskiktes waarskynlik deur die leier in sy eie reg gehandhaaf en toegepas is.

Onsekerheid bestaan oor die presiese invloed wat die Romeinse kultuur na kontak met die Germane op die middeleeuse samelewings gehad het. Eerstens het die Romeinse leër teen die einde van die Romeinse ryk uit meer Germane as Romeinse burgers bestaan sodat met die aanvang van die middeleeuse geskiedenis talle Germane deeglik met die Romeinse militêrregtelike sisteem vertroud was. Tweedens het 'n heerser soos Clovis (466–511) die grondslag gelê vir die Merovingiese koningshuis (481–751) oor die Frankiese ryk, wat gesteun het op 'n militêre organisasie en gemeenskap wat meer Romeins as Germaans was.[41] Die Karolingiese konings oor die Frankiese ryk, waarvan Karel die Grote (768–814) die beroemdste was, het ook 'n hoë premie op die Romeinse tradisie geplaas soos duidelik blyk uit die totstandbrenging van die Heilige Romeinse Ryk. In hierdie Frankiese gebied het die Noormanne van Skandinawië hulle in 911 kom vestig en het hulle binne enkele geslagte die voortreflikhede van die Franse beskawing aanvaar. Dit is onvermydelik dat die Normandiërs ook 'n indirekte beïnvloeding van die Romeinse reg sou beleef, maar in welke mate kan nie gesê word nie. Derdens het Wes-Europa in die middeleeue in 'n konstante staat van oorlog verkeer sodat militêre kundigheid en dissiplinering prakties noodsaaklik was. Laastens het die Rooms-Katolieke kerk, wat 'n sterk voorstander van die Romeinse reg was, 'n belangrike rol in die middeleeuse politiek gespeel. Clovis, Karel die Grote en die Normandiese koning Willem die Veroweraar het die steun van die Roomse kerk gesoek en gekry, en het as beskermers daarvan opgetree.

Bogenoemde versterk die vermoede dat die Romeinse militêre reg informeel in die middeleeue bly voortbestaan het. Suiwer uit 'n pragmatiese en politieke

---

41 Bachrach *Merovingian military organization 481–751* (1972) 128; raadpleeg ook Kotze "History of the Roman-Dutch law" 1909 *SALJ* 387 400.

oogpunt beskou, het die Romeinse militêre reg die geleentheid gebied om gesag te regverdig en uit te brei terwyl die onderdaan se plig tot gehoorsaamheid en gedissiplineerde navolging van instruksies ook beklemtoon kon word; hierteenoor het die Germaanse tradisie van individualisme egter nie so 'n aanknopingspunt gebied nie. By gebrek aan behoorlike navorsing kan oor die informele voortbestaan van die Romeinse militêre reg egter net gespekuleer word.

Van meer waarde is die feodalisme, wat omskryf kan word as 'n stelsel van kontrakte wat uit 'n behoefte aan beskerming ontstaan het: grondgebruik was die middel, militêre diensplig die voorwaarde en regeringsbevoegdheid die gevolg.[42] Die feodalisme, ook genoem die leenstelsel, was gegrond op 'n vermenging van Romeinse en Germaanse regsbeginsels. Omdat die feodale era gekenmerk is deur 'n konstante staat van oorlog het ten minste 'n wesenlike gedeelte van die feodale reg oor die soldaat se gedrag tydens oorlog gehandel. Die feodale reg is teen die elfde eeu gekodifiseer in die *Libri feudorum* wat die kontinentale lewenswyse van 'n militêre samelewing op 'n Romeins-Germaanse grondslag gereguleer het. Hierdie sisteem was die een wat deur Willem die Veroweraar in 1066 saamgeneem is toe hy Engeland binnegeval en oorwin het.[43]

4 ENGELSE MILITÊRE REG

Met die Normandiese inval in Engeland het 'n staatkundige stryd tussen die Normandiese koning en sy ondersteuners enersyds en die Angel-Saksiese baronne en hulle ondersteuners andersyds afgespeel. Hierdie stryd is op staatsregtelike vlak gevoer en het merendeels om die politieke gesag in die Engelse koninkryk gegaan. Die Romeinse reg het 'n groot rol in die stryd gespeel vanweë die beginsel *quod principi placuit habet legis vigorem* ("that which pleases the prince has the force of law"). Die koningsgesindes was voorstanders van die Romeinse reg aangesien dit die koning se posisie sou versterk, terwyl die baronne kragtens die Angel-Saksiese feodale reg aanspraak gemaak het op deelname aan koningsbesluite.[44] Aanvanklik was die Normandiërs die toonaangewende groep maar met verloop van tyd het die Angel-Saksers die oorhand begin kry. In die proses het daar onder die destydse Engelse bevolking 'n weerstand teen die Romeinse reg ontstaan omdat die stelsel met die invallers gelykgestel is. Die stryd het op 'n ander vlak dus ook gegaan oor die keuse tussen twee regsisteme, die een gegrond op Romeinse beginsels en die ander op beginsels van die *common law*.

Die vloot was nie juis betrokke by die konstitusionele magstryd tussen die koning en baronne nie, waarskynlik omdat die vloot nooit beskou is as 'n instrument wat die vryheid van die onderdaan kon bedreig of die werking van die parlementêre wetgewer kon ondergrawe nie.[45] Hierteenoor het beheer oor die leër wel deeglik 'n rol gespeel in die magstryd tussen koning en baronne. Die Engelse leër, waarvan die organisasie en funksionering beïnvloed was deur die kontinentale feodale reg met sy Romeins-Germaanse oorsprong toe Willem

42 Van den Bergh *Die middeleeue* (1983) 133.
43 Aycock en Wurfel *Military law under the uniform code of military justice* (1972) 3–4.
44 Ullmann *Principles of government and politics in the middle ages* (1966) 150–192; Kotze 1909 *SALJ* 403.
45 Raadpleeg Hood Phillips *The constitutional law of Great Britain and the Commonwealth* (1957) 304. Vandag nog word in afsonderlike wette vir die leër, lugmag en vloot se handhawing van dissipline voorsiening gemaak.

die Veroweraar aan bewind gekom het, was aanvanklik onder bevel van die koning wat uiteraard 'n voorstander van die Romeinse reg was. Hieruit kan afgelei word dat die Engelse militêre gemeenskap, en by implikasie ook die Engelse militêre reg, aan 'n Romeinse invloed blootgestel is wat waargeneem kan word in die geskiedenis en ontwikkeling van die Engelse militêre reg.

Die voorloper van die moderne militêre hof kan teruggevoer word na die *Court of Chivalry*, wat deel gevorm het van die *Aula Regia* of hooggeregshof wat deur Willem die Veroweraar ingestel is.[46] As 'n militêre hof het dit onder leiding van die *constable*[47] of *marshall* (altwee van die hoogste range wat 'n offisier destyds in die leër kon beklee) gefunksioneer, en het dit jurisdiksie oor sowel soldate (binne of buite Engeland) as alle burgers ten tyde van 'n rebellie gehad.[48] In hierdie hoedanigheid het dit die *civil law* (die Engelse benaming vir die Romeinse reg) in beginsel toegepas.[49] Onsekerheid bestaan egter oor die vraag of die *constable* en *marshall* hulle militêrregtelike jurisdiksie uitgeoefen het weens die bekleding van hulle amp of weens spesiale delegasie deur die koning. In 1521 het die amp van *constable* verval toe die destydse *constable* (Edward, die Graaf van Buckingham) na 'n konflik met die koning (Henry VIII) onthoof is en die amp nie weer gevul is nie. Hierna het die gebruik ontstaan dat die koning by elke aanstelling van 'n offisier hom magtig om militêre reg toe te pas.[50] Benewens die Romeinse oorsprong van regsreëls oftewel die *civil law* wat as riglyn by die daaglikse funksionering van hierdie howe kon dien, was dit aanvaarde gebruik dat die koning as bevelvoerder van die leër *Articles of War* of 'n militêre gedragskode kon uitreik. Verskeie sodanige gedragskodes is vanaf 1190 (deur Richard I) tot 1688 (deur James II) uitgereik. Gesien teen die agtergrond van die konstitusionele magstryd tussen die koning en baronne is dit waarskynlik dat hierdie militêre gedragskodes 'n sterk Romeinse inslag sou toon[51] omdat die koning 'n erkende en oorspronklike gesag oor die leër gehad het.

'n Belangrike keerpunt in die geskiedenis van die Engelse militêre reg, waarvan die *Petition of Right* (1628) 'n belangrike voorloper was deur die koning (Charles I) se gesag ook ten opsigte van bepaalde militêre aangeleenthede te beperk, was die *Glorious Revolution* van 1688 teen die bewind van James II. Na sy afsetting is die *Bill of Rights* (1689) aangeneem wat die aanhou van 'n staande leër sonder

---

46 Sommige bronne meen die *Court of Chivalry* is deur Edward I ingestel (Aycock en Wurfel 480), maar hy was juis bekend vir sy ywer om Romeinse reg in Engeland aan te wend (De Villiers "Roman law in Holland and England" 1924 *SALJ* 141).

47 Die woord *constable* is afkomstig van die term *comes stabuli* (meester van die perde); hy was verantwoordelik vir die handhawing van dissipline in die Engelse militêre reg. Sy Romeinse eweknie was die *magister equitum* (hoof van die ruitery).

48 Raadpleeg Holdsworth "Martial law historically considered" 1902 *LQR* 119. Indien die instelling van 'n *dictator* in die Romeinse reg, wat vir ses maande oor alle burgerlike en militêre gesag beskik het, in ag geneem word en die hipotese onderliggend aan hierdie artikel aanvaar word, kan begryp word hoekom een hof onder die hoof "Martial law" sulke uiteenlopende gevalle behandel het (vgl *idem* 132).

49 Stuart-Smith "Military law: its history, administration and practice" 1969 *LQR* 481; De Villiers 1924 *SALJ* 145.

50 Raadpleeg Aycock en Wurfel 3–9 en die *Manual on military law* (1899) 7–12 oor die geskiedenis van die Engelse militêre reg.

51 Brand 143 meld bv dat sommige bepalings van die 1688-gedragskode wat deur James II uitgevaardig is, woordeliks met 'n vroeëre kodifikasie van die Romeinse militêre reg ooreenstem (*Ex ruffo leges militares*, saamgestel deur 'n Romeinse generaal tydens die laaste eeu van die Wes-Romeinse ryk).

toestemming van die parlement veroordeel het. Later volg die Act of Settlement (1701) wat ook bepaal dat die reg van Engeland die geboortereg van die Engelse volk is;[52] sodoende is 'n einde gemaak aan die tydige of ontydige beroep op Romeinsregtelike beginsels. Waar die militêre mag tot dusver die uitsluitlike verantwoordelikheid van die koning (met sy voorsmaak vir die Romeinse reg) was, het die verantwoordelikheid al hoe meer oorgegaan op die parlement (wat die brandpunt van die baronne se weerstand teen die koning geword het en op die Angel-Saksiese feodale reg gesteun het).

'n Direkte uitvloeisel van hierdie belangrike omwenteling was die reeks Mutiny Acts wat jaarliks vanaf 1689 tot 1878 deur die parlement aangeneem is. Hierdie wette het jaarliks die instandhouding van 'n staande mag deur die koning goedgekeur en fondse daarvoor bewillig; dit het ook erkenning verleen aan die koning se bevoegdheid om 'n militêre gedragskode vir soldate ten tyde van vrede of oorlog binne die koninkryk neer te lê vir sover die parlement nie self 'n reël in die Mutiny Act neergelê het nie.[53] Die beginsel het dus gegeld dat in die mate wat die parlement nie self die militêre reg voorskryf nie, die koning se prerogatiewe bevoegdheid om militêre dissipline volgens sy diskresie binne Engeland te handhaaf, bly voortbestaan. Tot 1712 het die parlement nie juis met die militêre reg ingemeng nie. Na die Vrede van Utrecht (1712) het die parlement inteendeel die koning deur die Mutiny Act van daardie jaar statutêr gemagtig om ook 'n militêre gedragskode vir soldate in tye van vrede buite Engeland maar binne die grense van die Britse ryk neer te lê, terwyl die koning se prerogatief om 'n militêre gedragskode gedurende oorlog vir soldate buite Engeland neer te lê tot in hierdie stadium nie bevraagteken is nie.[54]

In 1879 word die Army Discipline and Regulation Act aangeneem maar dit word in 1881 deur die Army Act vervang. Hierdie wet was 'n konsolidasie van die parlementêre voorskrifte vir militêre gedrag soos dit in die Mutiny Acts aangetref is en die *articles of war* wat deur die koning voorgeskryf is. Net soos met die Mutiny Acts word vereis dat die Army Act (1881) jaarliks deur 'n ander wet van die parlement in werking gestel word, waardeur die konstitusionele beginsel van parlementêre beheer oor die handhawing van dissipline in die leër bevestig word. Hierdie Army Act (1881) was 'n kodifikasie van die Engelse militêre reg wat later op die dominium van Suid-Afrika se soldate van toepassing gemaak is. Vandag word die militêre reg in die Army Act (1955), Air Force Act (1955) en Naval Discipline Act (1957) aangetref, en moet steeds elke vyf jaar deur die parlement hernieu word (deur die Armed Forces Act).

Waar die militêre reg dus eers deur die koning geformuleer en deur sy verteenwoordiger handelende op sy gesag afgedwing is, het latere praktyk tot gevolg

---

52 Wiechers *Staatsreg* (1981) 92–93. Hierdie ommeswaai in die magstryd tussen koning en parlement kan ook in die konsep van *allegiance* waargeneem word. Aanvanklik was die *allegiance*-verhouding 'n basis vir militêre diensplig deur onderhoriges verskuldig aan die kroon, maar later was dit 'n basis vir die beskerming van die onderdane deur die kroon. Die *allegiance*-verhouding is dus eers gekenmerk deur 'n plig tot diens deur die onderhorige, en toe deur 'n reg op beskerming deur die kroon. Die klemverskuiwing en inhoudelike aanpassing van die konsep van *allegiance* hou klaarblyklik verband met die geleidelike verswakking van die koning se posisie teenoor die parlement.

53 Holdsworth 1902 *LQR* 122.

54 Die rede vir hierdie eienaardige kasuïstiek van reëls is te vinde in die Engelse bevolking se weerstand om in die koning se private oorloë buite Engeland te gaan veg in omstandighede waar Engeland nie bedreig word nie.

gehad dat die militêre reg 'n wetteregtelike produk van die wetgewende gesag toegepas deur die bevelvoerders van die weermag (in naam van die koning) was. In ooreenstemming hiermee het die Engelse militêre reg onbetwisbare Romeinsregtelike grondslae gehad wat vanaf 1066 tot 1688 verstewig is maar wat sedertdien gewysig en by die Engelse tradisies aangepas is. Nogtans moet besef word dat die volgende beginsel soos 'n goue draad deur die Engelse militêre reg loop: vir sover as wat die parlement nie by wyse van statuut 'n regsreël neergelê het nie, is die oorspronklike bevoegdheid van die staatshoof van toepassing. Die slotsom wat derhalwe bereik word, is dat die Engelse militêre reg in 'n groot mate van Romeinsregtelike afkoms is, en dat die inherente bevoegdheid van die staatshoof om dissipline binne die weermag te reguleer 'n weerspieëling van die Romeinsregtelik-geïnspireerde *imperium militae* is.

5 SUID-AFRIKAANSE MILITÊRE REG

Voor 1910 was die verdediging van Suid-Afrika (toe 'n kolonie van die Britse Ryk) die verantwoordelikheid van die Britse regering, en is dissiplinêre aangeleenthede ook deur hulle behartig. Hierdie bevoegdheid is uitgeoefen deur die Imperiale Militêre Kommandement, wat gestig is om die beskerming van die Britse Ryk te koördineer. Na 1910 met die totstandkoming van die Unie, het die Suid-Afrikaanse owerhede geleidelik verantwoordelikheid vir die verdediging van die Unie aanvaar en is die Imperiale Militêre Kommandement in 1921 afgeskaf. Die Zuid Afrika Verdedigings Wet 13 van 1912 is aangeneem "om voorziening te maken voor de Verdediging van de Unie en voor zaken daarmede in verband staande". 'n Onderskeid is egter tussen die Unie se vloot en die res van die verdedigingsmagte gemaak.

Die Unie-vloot is kragtens artikel 22 van bogenoemde wet as 'n deel van die Britse vloot beskou en dienooreenkomstig behandel al het die Unie-parlement fondse vir die instandhouding van die *Royal Naval Volunteer Reserve* bewillig. Hierteenoor het artikel 95 van bogenoemde wet die bepalings van die Britse Army Act (1881), uitgesonderd 'n paar gespesifiseerde artikels en met inagneming van enige wysigings wat die goewerneur-generaal en die Unie-parlement aangebring het, in beginsel op die Unieverdedigingsmag van toepassing gemaak. Laasgenoemde stel reëls het bekend gestaan as die *Union military discipline code.*

In 1932 word die Wet tot Wysiging van die Verdedigingswet en op Vrygewestelike Magte 32 van 1932 aangeneem. Hierdie wet het artikel 95 van die Zuid Afrika Verdedigings Wet 13 van 1912 herroep, maar terselfdertyd in artikel 2 bepaal dat die militêre reg wat toe gegeld het, steeds van toepassing sal wees onderworpe aan wysigings deur die goewerneur-generaal by kennisgewing in die staatskoerant. Volgens die nuwe bedeling is die stel reëls nou die *Military discipline code* genoem (oftewel die "Militêre Reglement van Dissipline"). Die vloot het steeds as 'n deel van die Britse vloot bly voortbestaan, en die *Military discipline code* se toepassing is uitdruklik ten opsigte van die *South African Naval Service* uitgesluit.

Die volgende belangrike stap was die Verdedigingswet 44 van 1957 wat 'n uniforme *Reglement van Dissipline* vir die Suid-Afrikaanse weermag (insluitende die vloot) neergelê het. Hierdie wet is vertolk asof dit 'n bewustelike poging was

om terug te keer (?) na die Romeins-Hollandse reg.[55] Hoe dit ook al sy, saam met die proses van ontvoogding wat die Unie van Suid-Afrika ondergaan het, het die verdedigingstelsel van die land ook al hoe verder van die Britse verdedigingsisteem af begin beweeg. In 1957 het 'n breuk met die verlede finaal plaasgevind, en is deur middel van statuut gepoog om 'n selfstandige rigting aan die Suid-Afrikaanse militêre reg te gee.

Die hoofbron van die Suid-Afrikaanse militêre reg is dus wetgewing. Waar die wetgewer egter swyg, sal die aandag na die militêre gemenereg gewend moet word. Indien die hipotese in hierdie artikel aanvaar word, beteken dit dat die gemenereg van die Suid-Afrikaanse militêre reg in die Romeinse militêre reg soos beïnvloed deur die ou Britse militêre reg gesoek moet word. In hierdie gemenereg het die konsep van *imperium militae* 'n sentrale rol gespeel; die opperbevelhebber van die militêre magte wat met hierdie oorspronklike bevoegdheid beklee was, was verantwoordelik vir die handhawing van dissipline binne die militêre instellings. In die Romeinse militêre reg is die verantwoordelikheid nagekom deur die aanstellings wat die bevelvoerende generaal gemaak het en die bevoegdhede wat hy aan sy offisiere gedelegeer het. In die ou Britse militêre reg is dit nagekom deur die uitvaardiging van *articles of war* (oftewel militêre gedragskodes) deur die koning. Die praktiese implikasie van die onderhawige hipotese is dus dat indien die Suid-Afrikaanse *Reglement van Dissipline* geen oplossing vir 'n bepaalde dissiplinêre probleem bied nie, die Staatspresident as opperbevelvoerder van die Suid-Afrikaanse weermag vir instruksies genader moet word.

55 De Villiers 1974 (2) *Codicillus* 9.

Spreekt een advocaat weinig, dan begrypt de rechter, zoo al niet wat hy zegt, dan toch dat hy gelyk heeft (*per* Calamandrei *Lof des rechters* 53).

AANTEKENINGE

DIE GELDIGHEID VAN HANDELINGE WAT IN STRYD MET 'N STATUTÊRE VERBOD VERRIG IS

In 'n onlangse publikasie ("Contractual illegality: political distortion" in Visser (red) *Essays in honour of Ellison Kahn* (1989) 199) kom professor Carole Lewis, na ontleding van 'n viertal onlangse beslissings wat gegaan het oor die geldigheid van handelinge wat in stryd met statutêre verbiedinge verrig is, tot die slotsom dat

> "the impression has been created that in decisions involving morally and politically neutral legislation, the courts feel free to regard the inconvenience and impropriety that would result from a finding of invalidity as being paramount in reaching a conclusion. But, in cases dealing with statutes advancing the cause of apartheid, the courts appear to disregard the hardship that follows upon a refusal to recognize the agreement between the parties. The most benevolent interpretation of this state of affairs is that South African lawyers have become used, possibly even immune, to the dreadful consequences of racial legislation, and no longer regard them as exceptional. Thus, while a court may be reluctant to make a decision that allows a party to a contract to escape his commercial obligations, it may see it as inevitable that a person who attempts, by entering into a contract, to avoid the adversity and injustices inherent in apartheid legislation, should not be able to do so successfully" (215).

Dit is 'n taamlik ernstige beskuldiging wat die howe hier voor die kop gegooi word en dit is my oogmerk om te probeer vasstel of professor Lewis se afleiding inderdaad geregverdig is. Ek sal na dieselfde vier sake verwys as sy.

Ten aanvang moet ek dit stel dat my uitgangspunt is dat geen Suid-Afrikaanse hof die bevoegdheid het om 'n bedrywigheid of handeling wat deur die wetgewer verbied is, te gebied of (agterna) geldig te verklaar nie want

> "[i]t is a fundamental principle of our law that a thing done contrary to the direct prohibition of the law is void and of no effect" (*per* Innes HR in *Schierhout v Minister of Justice* 1926 AD 99 109 met 'n beroep op *C* 1 14 5).

Dit is ook nie nodig dat die wetgewer die verbode handeling of bedrywigheid uitdruklik nietig moet verklaar nie want

> "the mere prohibition operates to nullify the act" (*ibid*).

Wanneer die wetgewer dus byvoorbeeld 'n bepaalde tipe kontrak verbied het, kan geen hof 'n kontrak wat in stryd met die verbod gesluit is, geldig verklaar, of enigiemand beveel om ingevolge die kontrak te presteer, of deur sy bevel geldigheid aan 'n reeds-gelewerde prestasie verleen nie. Indien 'n bepaalde handeling verbied is en dié handeling deur partye tot 'n kontraktuele onderneming

verhef word, is die kontrak nie noodwendig nietig nie, maar die verbode handeling kan weer eens nie deur 'n hof beveel of geldig verklaar word nie. In geval van 'n uitdruklike en ondubbelsinnige verbod is dit ook nie nodig om te vra na die redes vir die verbod, die oogmerk van die wetgewer ensovoorts wanneer beslis moet word of optrede in stryd met die verbod geldig was of nie, want "the mere prohibition operates to nullify the act".

Dit kan egter gebeur dat die wetgewer 'n bepaalde handeling strafbaar stel sonder om dit uitdruklik te verbied. In so 'n geval ontstaan die vraag of die betrokke handeling by implikasie verbied is. Dit kom verder ook dikwels voor dat 'n handeling wat nie uitdruklik verbied is nie in so 'n noue verband met 'n bedrywigheid of handeling staan wat wel uitdruklik verbied is (soos verbode prestasie en nie-verbode teenprestasie) dat die vraag weer eens ontstaan of die handeling wat nie uitdruklik verbied is nie, nie tog geag moet word by implikasie verbied te wees nie. En dit is myns insiens by die beantwoording van dié vraag dat aspekte soos die rede vir die (uitdruklike) verbod, die oogmerk van die wetgewer, die "kleurloosheid" al dan nie van die verbod, die feit dat nietigheid van die tweede handeling (wat volgens my standpunt moet volg indien bevind word dat dit inderdaad, alhoewel stilswyend, verbied is) groter ongerief en meer onwenslike gevolge sal meebring as die handeling self, tersaaklik word. Na my mening is die onderskeiding tussen optrede wat uitdruklik verbied is en optrede wat nie uitdruklik verbied is nie, 'n baie belangrike een wanneer dit gaan om beantwoording van die vraag na die effek van 'n statutêre verbod; ek sal probeer aantoon dat dit 'n onderskeiding is wat wel tot 'n sekere hoogte deur die howe gemaak word alhoewel dit nie altyd so duidelik blyk nie.

Maar nou na die gewysdes. Professor Lewis vergelyk twee pare uitsprake met mekaar, te wete *Lende v Goldberg* 1983 2 SA 284 (K) met *Barclays National Bank Ltd v Brownlee* 1981 3 SA 579 (D) en *Metro Western Cape (Pty) Ltd v Ross* 1986 3 SA 181 (A) met *Essop v Abdullah* 1988 1 SA 424 (A). Ten opsigte van elke paar is haar gevolgtrekking, as ek haar reg verstaan, dat hulle moeilik versoenbaar is behalwe op die aanvaarding dat

> "contracts entered into in contravention of statutes giving effect to the policy of apartheid have been stamped with invalidity and treated differently from other prohibited contracts offending other types of legislation" (207).

In *Lende v Goldberg* het Goldberg vir Lende in diens geneem in stryd met die bepaling in artikel 10*bis* van die Swartes (Stadsgebiede) Konsolidasiewet 25 van 1945 wat die *indiensneming* of *indienshouding* van 'n swart persoon aan wie daar nie toestemming verleen is om binne die betrokke gebied te werk nie, verbied het. Nadat Lende reeds 'n tyd gewerk het, het Goldberg uitgevind dat sy nie die vereiste toestemming gehad het nie en haar toe summier ontslaan sonder om haar te betaal vir die tyd wat sy wel gewerk het. Daarop eis sy 'n bedrag van R60 as "salary and/or payment in lieu of notice". Dit is duidelik dat om dié kontraktuele eis toe te staan, die hof noodwendig sou moes bevind dat die indiensneming en indienshouding van Lende geldig was, maar haar indiensneming en indienshouding was presies wat deur die betrokke wet verbied is. Gevolglik het die hof nie die bevoegdheid gehad om dit geldig te verklaar nie en moes die eis misluk. Ek doen aan die hand dat dít is wat regter Broeksma wou beklemtoon toe hy verklaar het (288G–H) dat

> "[t]he section provides that no person shall *take* or *have* a Black in his employ unless the required permission has been given. Consequently an interpretation which validates

> the contract would, in effect, require the Court to allow or compel the employer to commit the continuing offence created by ss(2) of s 10*bis*".

Die uitspraak kon anders gewees het indien dit die *indienstreding* deur Lende was wat uitdruklik verbied was. In so 'n geval sou die hof moes besluit of die uitdruklike verbod op indienstreding terselfdertyd ook 'n verbod op indiensneming geïmpliseer het, en die antwoord op dié vraag kon moontlik "nee" gewees het. (Terloops, Lende kon miskien geslaag het met 'n verrykingseis om *quantum meruit* op grond van werk verrig en dienste gelewer, maar so 'n eis is skynbaar nie ingestel nie.)

In *Barclays National Bank Ltd v Brownlee* het 'n deviesebeheerregulasie verbied dat iemand 'n lening maak of krediet toestaan aan enigeen binne die Republiek teen sekerheid wat verskaf is deur 'n persoon of persone wat buite die Republiek woonagtig was. Die bank het oortrekkingsfasiliteite toegestaan aan 'n maatskappy wat later gelikwideer is. As sekuriteit vir die skuld wat die maatskappy op sy rekening kon oploop, het Brownlee en twee ander persone hulle as borge teenoor die bank verbind. Een van die borge was buite die Republiek woonagtig. Toe die bank vir Brownlee op die borgkontrak aanspreek, was sy verweer dat die maatskappy se ooreenkoms met die bank nietig was omdat dit in stryd met die betrokke regulasie was. Indien dié verweer geslaag het, sou dit beteken het dat die borgkontrak ook nietig was aangesien daar dan geen geldige hoofskuld sou bestaan het nie. Die verweer het egter nie geslaag nie. Die hof is in hierdie geval nie gevra om iets te gebied wat uitdruklik deur die wetgewer verbied is nie. Wat uitdruklik verbied was, was die maak van 'n lening of die toestaan van krediet aan die maatskappy en wat die hof eintlik gevra is om te doen, was om te beslis of die verbod op die maak van 'n lening of die toestaan van krediet ook 'n verdere verbod op die terugbetaling van 'n lening wat in stryd met die uitdruklike verbod gemaak is, geïmpliseer het; en op dié vraag kon die antwoord "nee" wees.

Ek moet dadelik toegee dat die benadering van die hof, waarvoor daar baie gesag is, van myne verskil. Die hof het naamlik van die standpunt uitgegaan dat die betrokke regulasie inderdaad die *kontrak* tussen die bank en die maatskappy verbied het, maar die antwoord op die vraag of die bank kon slaag in sy aksie afhanklik gestel daarvan of daar uit die regulasie ook die stilswyende bedoeling geblyk het dat 'n kontrak wat in stryd met die verbod gesluit word, nietig sou wees. Die hof het bevind dat geen nietigheidsbedoeling geblyk het nie. Dié benadering skep egter probleme. Aangesien dieselfde kontrak nie soms nietig en soms geldig kan wees nie, moet 'n mens aanvaar dat toe daar eenmaal bevind was dat dit geldig was, die maatskappy (in teorie) op sy beurt moes kon eis dat die bank *sy* verpligtinge nakom; dit wil sê die lening maak of krediet verskaf. Maar dit sou beteken dat die hof die bank sou moes beveel om te doen presies wat die wetgewer hom verbied het om te doen; anders gestel, die hof sou die bank moes beveel om 'n misdaad te pleeg. En daartoe, meen ek, het geen hof die bevoegdheid nie. Die eenvoudige waarheid is dat dit nie die *kontrak* was wat verbied was nie, maar prestasie deur die bank wat nie geïmpliseer het dat prestasie deur die borge ook verbied is nie.

In *Metro Western Cape (Pty) Ltd v Ross* was daar 'n verbod op handeldryf sonder lisensie. Metro het in stryd met die verbod goedere aan Ross verkoop en gelewer. Toe Ross aangespreek is vir die koopprys, was sy verweer dat enige kontrak wat deur Metro gesluit is ongeoorloof en gevolglik nietig was weens die

verbod op handeldryf. Dié verweer is deur die hof *a quo* gehandhaaf maar deur die appèlhof verwerp. Appèlregter Boshoff, wat die eenparige uitspraak van die appèlhof geskryf het, het in hierdie geval wel onderskei tussen dit wat uitdruklik verbied was (die bedrywigheid van handeldryf sonder lisensie) en dit wat nie uitdruklik verbied was nie (die sluit of uitvoering van bepaalde kontrakte). In die loop van sy uitspraak verklaar hy dat

> "[t]he language of the section indicates that it is directed, not at the making or performance of particular contracts, but at the carrying on of a general dealer's business without a certificate of registration and a licence" (188E);

en later

> "the prohibition in s 3 is directed not at the making or performance of particular contracts but at the person who carries on business without a certificate of registration and a licence" (191B);

en nog later

> "the prohibition is not against particular contracts because there are none which may be described as distinctive of a particular trade or occupation but against the carrying on of business in a particular trade or occupation"(192G).

Die hof onderskei dan *Delport v Viljoen* 1953 2 SA 511 (T) en *Dhlamini v Protea Assurance Co Ltd* 1974 4 SA 906 (A), myns insiens tereg. In dié twee sake het dit ook gegaan oor handeldryf sonder lisensie in stryd met 'n uitdruklike verbod, maar in albei gevalle is die hof versoek om te verklaar dat die handeldryf sonder lisensie, dit wil sê die bedrywigheid wat uitdruklik verbied is, regmatig was. En daartoe het die hof nie die bevoegdheid gehad nie.

Daar is wel een punt waarop ek met die appèlhof se benadering in *Metro* sou wou verskil. Die hof het naamlik van die standpunt uitgegaan dat die verbod op handeldryf 'n verbod op die sluit van kontrakte geïmpliseer het (188D–F) en dat die vraag voor die hof was of die stilswyende verbod op die sluit van kontrakte ook nietigheid van die kontrakte geïmpliseer het. Ek sou die vraag graag effens anders wou formuleer, naamlik of die uitdruklike verbod op handeldryf 'n verbod op prestasie deur die verweerder geïmpliseer het. Die antwoord op dié vraag sou dan "nee" gewees het.

In *Essop v Abdullah* was artikel 40 van die Wet op Groepsgebiede 36 van 1966 ter sprake. Dié artikel lui soos volg:

> "Niemand mag onroerende goed wat 'n ander persoon volgens hierdie Wet nie wettiglik mag verkry of besit nie, ten behoewe of ten voordele van bedoelde ander persoon verkry of besit nie."

Essop, 'n Indiër, wat nie wettig grond in 'n kleurlinggebied kon verkry of besit nie, het nietemin twee erwe in 'n kleurlinggebied gekoop. Hy het met sy skoonsuster, Abdullah, 'n lid van die kleurlinggroep, ooreengekom om die koopkontrak as koper te onderteken en die erwe ten behoewe van hom te besit totdat hy moontlik 'n permit ingevolge artikel 27(1)(a) van die wet kon bekom om die erwe self te verkry of totdat hy hulle weer verkoop. Toe Abdullah later die erwe aan 'n derde verkoop en stappe doen om oordrag aan die koper te gee, doen Essop aansoek om 'n interdik wat Abdullah verbied om oordrag te gee. Die aansoek slaag nie, myns insiens weer eens tereg. Die effek van die verlangde interdik sou immers gewees het om Abdullah te beveel om die erwe "ten behoewe of ten voordele" van Essop te besit en dit is presies wat artikel 40 in duidelike en ondubbelsinnige taal verbied het.

Die hof, by monde van appèlregter Botha, sê dan ook (435F):

> "[I]t follows, therefore, in the first place, that the court *a quo* was correct in finding that the respondent, in terms of the agreement alleged by the appellant, undertook to do exactly that which was and is forbidden by s 36 of the 1957 Act and s 40 of the 1966 Act respectively; and in the second place, that the latter section was being continuously contravened at the time of the proceedings in the court *a quo* by the respondent's ongoing holding of the erven on behalf of the appellant whilst the latter lacked the requisite permit.
>
> This conclusion is really decisive of the outcome of this appeal . . . [T]he contractual performance to which the respondent bound herself in terms of the agreement alleged by the appellant was to commit an illegality. It is a fundamental truism that a contract for the performance of an unlawful act will not be enforced by the Courts. The reason for the principle is self-evident: no Court will compel a person to perform an illegality. But that is the very object which the appellant sought to achieve by means of the interdict that he applied for in the Court *a quo*."

Die beslissings in *Lende v Goldberg* en *Essop v Abdullah* kon myns insiens nie anders gewees het nie; in die eerste geval is die hof versoek om te verklaar dat 'n handeling wat uitdruklik en ondubbelsinnig deur die wetgewer verbied is, geldig deur die verweerder verrig is en in die tweede geval is die hof versoek om die verweerder te beveel om die handeling te verrig wat uitdruklik en ondubbelsinnig deur die wetgewer verbied is. Na my mening het 'n hof nie die bevoegdheid gehad om enigeen van dié twee bedes toe te staan nie.

In *Barclays National Bank Ltd v Brownlee* en *Metro Western Cape (Pty) Ltd v Ross* kon die beslissings wel anders gewees het in die sin dat 'n hof in dié twee gevalle sou kon beslis het dat die handelinge waarom dit gegaan het, inderdaad stilswyend verbied is. Dit is egter duidelik dat 'n stilswyende verbod slegs in uitsonderlike gevalle (bv waar dit om die beskerming van die goeie sedes of die openbare belang gaan) bevind sal word. Die rede is voor die hand liggend: deur die bevinding van 'n stilswyende verbod sal daar normaalweg so 'n drastiese en arbitrêre sanksie by die sanksie waarvoor die wetgewer voorsiening gemaak het, gevoeg word dat die wetgewer nie maklik geag sal word dit te bedoel het nie. In die *Brownlee*-geval was die maksimum boete waarvoor voorsiening gemaak is byvoorbeeld R10 000, maar die bedrag wat deur die bank voorgeskiet is en wat hy sou verbeur het as bevind is dat daar 'n stilswyende verbod op terugbetaling was, was ongeveer R63 000. Dit kon ook ewe goed R1 000 000 of meer gewees het. In *Ross* se geval weer was die maksimum boete R200 terwyl die koopprys wat verbeur sou gewees het indien 'n stilswyende verbod bevind is, ongeveer R25 000 was. Dit kon ewe goed 'n paar honderd duisend rand gewees het.

My slotsom is dat indien daar gevoel word dat die beslissings in *Lende v Goldberg* en *Essop v Abdullah* onbillike resultate tot gevolg gehad het, die wetgewer daarvoor verwyt moet word, nie die howe nie.

JG LOTZ
Universiteit van Suid-Afrika

IS JURIDIESE BARBARISME ONS VOORLAND?*

Dit mag enigsins kras klink om 'n Latynse regskurrikulum met "juridiese barbarisme" te assosieer, maar wanneer die gevolge daarvan van nader beskou

* Verkorte verwerking van 'n lesing gehou aan die Universiteit van die Oranje-Vrystaat op 1989-09-14.

word, is die assosiasie nie heeltemal ongeregverdig nie. Waarom nou weer iets van hierdie holruggeryde onderwerp, mag u vra? As liefhebber van ons gemenereg, met sy ryke verskeidenheid van beginsels, sistematiek en kasuïstiek, voel ek my daartoe genoop, veral na aanleiding van enkele onaanvaarbare menings oor die onderwerp deur regsgeleerdes wat seer sekerlik van beter behoort te weet.

Strydig met die algemene opvatting het die Romeinse ryk nie in 476 nC tot 'n val gekom nie. Weliswaar was die uitdryf van die laaste Wes-Romeinse keiser, Romulus Augustulus, deur barbaarse invallers uit die noorde, 'n gerieflike simbolisering van 'n proses van verval wat lank reeds aan die gang was. Soos Edward Gibbon in sy *The rise and fall of the Roman empire* aangetoon het, was hierdie proses geleidelik en bykans onopmerklik, maar die gevolge daarvan was ingrypend. Dit het in 'n groot mate saamgehang met die uitskuif van beproefde kulturele en morele waardes en die oorgawe aan 'n losbandige en ongebonde lewensstyl, soos Petronius dit pragtig uitgebeeld het in sy *Cena Trimalchionis* – die feesmaal van die vrygelate slaaf, Trimalchio.

Die verval het ook verreikende politieke implikasies gehad. Cicero het reeds beangs waargeneem hoe die glorie van Rome ondermyn is toe die Republiek onafwendbaar na sy einde beweeg het. Hy het so gehoop dat Pompeius daardie glorie sou herstel, en toe Pompeius dit nie kon regkry nie het hy hom traag na Julius Caesar gewend, wel wetende dat 'n diktatorskap, met of sonder 'n Caesar of koning, die Romeine in die gesig staar. In die filosofiese werke wat hy veral teen die einde van sy lewe geskryf het, het hy gesmeek dat daar teruggedraai moet word na die eintlike waardes wat Rome die voorste stad en die Romeine die voorste volk van sy tyd gemaak het, naamlik die strewe na die "hoogste goed" (*summum bonum*), na eerbaarheid (*honestum*), deugsaamheid (*virtus*) en menslikheid (*humanitas*), na geregtigheid (*iustitia*) en billikheid (*aequitas*), na al hierdie dinge wat uit die natuur (*natura*) voortgespruit het. Sy smekinge was egter tevergeefs. Die geskiedenis van Rome na Cicero se tragiese dood in 43 vC is bekend: die Republiek het in die hande van die Tweede Driemanskap (Marcus Antonius, Lepidus en Octavianus, die latere keiser Augustus) tot 'n einde gekom. Die keiserryk het, onder Augustus, 'n tyd lank die hoop laat opvlam dat omstandighede sou verbeter. Latere keisers het egter, op enkele uitsonderings na, nie aan die verwagtings voldoen nie. Stadig maar seker het die kanker sy greep verstewig en uiteindelik was die ryk nie meer Romeins nie. Teen 476 nC was dit reeds grotendeels deur die "barbare" uit die Germaanse noorde geïnfiltreer. Maar steeds het die Romeinse ryk nie in die geheel verval nie. Dit het bly voortleef in een van die belangrikste gedaantes waarop die Westerse beskawing van latere jare gegrondves is, te wete die Romeinse reg. Dit was 'n ligpunt, selfs 'n helder baken, wat in die Oos-Romeinse ryk bly gloei het en wat, ten spyte van die "donker eeue" van Europese geskiedenis, voortgebrand het tot vandag toe waar dit steeds die grondslag van die grootste gedeelte van ons Suid-Afrikaanse gemenereg vorm. Suid-Afrika is inderdaad een van die laaste bastionne van die Romeinse reg aangesien dit stadig maar seker in die agtergrond geskuif is deur verwante regstelsels wat dit eweneens, direk of indirek, geresipieer het. In die meeste lande van Europa is dit deur kodifikasies van die reg vervang, terwyl in ander regstelsels wat met die Suid-Afrikaanse enigsins vergelykbaar is, dit 'n al kwynende rol speel. Ek dink hier aan Srilanka, Skotland, Quebec in Kanada en Louisiana in die VSA. Dit sou 'n tragedie wees indien dieselfde in Suid-Afrika sou gebeur. Dit sou die finale val van die Romeinse ryk wees en

die finale oorwinning van die "barbarisme" wat in sy plek gekom het. Dit sou die rykdom van ons gemenereg vervang deur 'n vorm van "juridiese barbarisme".

Is dit nou nie alles baie melodramaties nie, mag u heel geregverdig vra? Dit mag so voorkom, maar dit is ongelukkig die waarheid indien die Suid-Afrikaanse regstudent nie meer Latyn hoef te studeer nie. Want Latyn is die taal van die Romeinse reg wat sy beginpunt in die Weste gehad het met die Twaalf Tafels en die vroeë Romeinse *ius* en *fas*; wat sy beslag gekry het in die billikheidsgeoriënteerde *ius honorarium* van die *praetor* en ander beamptes met die *ius edicendi*; wat sy ryke kasuïstiek ontleen het aan die vrugbare verbeelding en praktiese vernuf van die Romeinse juriste; wat, ná die simboliese val van Rome, 'n nuwe opbloei in Konstantinopel, in die Ooste, ervaar het; wat deur keiser Justinianus se kompilatore op skrif gestel is; wat, as *Corpus iuris civilis*, nuwe lewe in die vroeg-Middeleeue ontvang het toe skole van regsgeleerdes, soos die glossatore en kommentatore, dit met nuwe belangstelling en toewyding begin lees en bestudeer het en daaroor aantekeninge en kommentare geskryf het; wat, in die hande van regshistoriese navorsers in Frankryk, Duitsland, Italië en elders in Europa, die grondslag van alle Europese reg, die *ius commune europaeum*, geword het; wat in die Nederlandse provinsies geresipieer is en saam met Jan Van Riebeeck Kaap toe gekom het; wat die basis van ons Suid-Afrikaanse gemenereg geword het en dit nog steeds is; wat bykans in die geheel in Latyn geskryf is!

En nou, tragies om te sê, het hierdie Romeinsregtelike ligpunt, hierdie baken, in 'n teiken verander en word daar van vele kante gepoog om dit vir ewig te vernietig. "Nooit!" sal die skerpskutters sê. "Ons het dit nie teen die Romeinse reg nie, maar teen die taal waarin dit geskryf is; ons wil Latyn vernietig, nie die reg nie." "Maar hoe gaan julle dit regkry sonder om ook die reg te vernietig?" vra die handjievol verdedigers. Hierop kan slegs een antwoord wees: "Sonder Latyn kan daar geen Romeinse reg, geen *ius commune europaeum*, geen Suid-Afrikaanse gemenereg wees nie." "Maar daar is mos vertalings van baie van die belangrikste regsbronne", is die reaksie hierop. Die teenreaksie is: "Vertalings mag daar wees, maar dit verteenwoordig slegs 'n klein persentasie van die geheel, terwyl die vertalings nie almal ewe akkuraat is nie."

So kan die gesprek voortgaan, maar een ding is seker: die laaste bastion van die Romeinse ryk is in ernstige gevaar en, indien dit val, is "juridiese barbarisme" nie inderdaad ons voorland nie? Daar bestaan weinig twyfel dat, indien Latyn uit die regskurrikulum verdwyn, dit gevolg sal word deur Romeinse reg en daarmee verval die ruggraat van ons gemenereg, wat eweneens nie staande sal kan bly nie. In hierdie verband moet ons in gedagte hou dat Suid-Afrika een van die rykste regstelsels in die moderne wêreld het. Dit word beskou as "hibried" of "gemeng", vanweë die invloed van Engelse reg, veral op gebiede soos handelsreg, immateriële goedereg, prosesreg en bewysreg. Die vernaamste bron van Engelse reg wat egter hier ingang gevind het, is hofbeslissings en statutêre bepalings. Verval die Romeins-Europese deel van ons gemenereg, word die belangrikste bron van die reg hofsake en wette. Dit sal 'n geweldige verarming van die regstelsel meebring. Daarbenewens sal die belangrike historiese navorsing wat voorkom in regsproefskrifte, -handboeke en -artikels bloot akademies en irrelevant word.

Dit is nie net die verlies van die Romeinse en Romeins-Europese reg wat ons in 'n vorm van "juridiese barbarisme" sal dompel nie, maar ook die verlies aan

'n ryk kultuurerfenis wat met Latyn en die Romeinse wêreld saamhang. Oor die kulturele waarde van Latyn het ek elders reeds 'n een en 'n ander gesê (kyk "Die waarde van Latyn vir die regsberoep" 1982 *De Jure* 43–44). Dit is vanselfsprekend dat Latyn vir die potensiële regstudent, en trouens vir enigeen wat dit bestudeer, 'n nuwe wêreld kan open – 'n wêreld waarin hy of sy in aanraking kan kom met die onskatbare rykdom van ons Westerse beskawing in sy velerlei fasette. 'n Regsgeleerde word veronderstel om in alle opsigte 'n verfynde en kundige mens te wees. Die kulturele sy van Latyn hang saam met 'n verdere belangrike aspek wat dikwels oor die hoof gesien word en waarna ek graag verwys as 'n meer opsigtelike simptoom van "barbarisme", naamlik die gruwelik swak taalgebruik in regsdokumente wat deur advokate en prokureurs opgestel word. Regters word telkens op die regbank blootgestel aan die pynlike onkunde en slapheid van regspraktisyns wat skynbaar nie met basiese grammatika en woordgebruik vertroud is nie. Die Latynstudent is dikwels veel beter as die Latynlose student daartoe in staat om taalkundig korrekte Engels of Afrikaans te besig. Daarbenewens gee dit aan hom of haar toegang tot 'n onuitputlike bron van letterkunde wat andersins in die verborgenheid sal bly of in die vergetelheid sal raak. John Marenbon het in die *Sunday Telegraph* van 5 April 1987 hierdie leemte by die Engelse student betreur toe hy gesê het:

> "Latin deserves a place in the school curriculum, along with English, history, mathematics and science, because one of the tasks of a school is to make its pupils literate, and the teaching of Latin makes for literacy in two important ways. First, without some knowledge of Latin, an Englishman will find it hard to speak or write his own language well, and the great classics of English literature will always remain in part foreign to him; he will not be literate in the fullest sense. Second, the presence of Latin in schools encourages more grammatical and rigorous teaching of English and so raises the literacy even of those pupils who do not themselves study it. Where Latin has disappeared, standards of English teaching have declined, leaving pupils semi-literate or worse.
>
> Today, English schoolchildren who know no Latin are cut off from these roots of their own language and literature. However bright, they can no longer master the disciplined but flexible, latinate English which was until recently second-nature to any man of education. However keen, they can no longer understand Keats or Tennyson – to say nothing of Shakespeare, Milton or Pope – without the intrusive assistance of commentaries designed to explain words, constructions and allusions."

Afrikaans het eweneens veel aan Latyn te danke. Professor Eben Meiring van Stellenbosch het dit in sy onlangse radiopraatjies kleurryk geïllustreer. Kyk ook sy bydrae in *Beeld* van 24 Augustus 1988, waar hy sê:

> "Die mense wat Latyn so graag dood verklaar, is by die verkeerde sterfbed. Hulle hef 'n leë, klassieke ou papegaaikreet aan.
>
> Jy kan jou skaars draai of jy loop of kyk in Latyn vas. Hy's oral, op ons voorblaaie, op die lug, op die kassie. Hy's in alles wat ons doen.
>
> . . . Jy kan soveel beter, omsigtiger en interessanter met woorde omgaan as jy weet waar hul betekenisse vandaan kom. En by Latyn kry jy sommer ook 'n les in ingeboude logika en dissipline. En die hemel weet, ons het dissipline met woorde broodnodig."

Dit behoef geen betoog nie dat Latyn ook die sleutel is tot al die moderne Romaanse tale, soos Frans, Spaans, Italiaans en Portugees. 'n Kennis van Latyn maak dit nie slegs betreklik maklik om sulke tale se grammatika en woordeskat baas te raak nie, maar dit maak ook die deure oop na nuwe wêrelde van letterkunde.

Oor die argumente teen die behoud van Latyn as verpligte vak in die regskurrikulum, is daar reeds lustig en heftig gedebatteer. Ek wil nie weer tot die polemiek toetree nie, maar ek het tog die behoefte om uit te wys dat die meeste

van hierdie argumente simplisties en ongemotiveer is. Dit het veral sedert my aanstelling op die regbank uit my eie waarnemings duidelik na vore gekom. Ek handel kortliks met enkele van sodanige argumente en wel ter aanvulling van wat ek reeds gesê het in my voormelde bydrae (1982 *De Jure* 46–51).

Dit is onbetwisbaar dat daar selde na Latynse tekste in ons regspraak, soos dit in die hofverslae gerapporteer word, verwys word. Dit hang grotendeels daarmee saam dat advokate versuim om regters na tersaaklike tekste te verwys en regters selde die tyd het om onafhanklike navorsing oor 'n bepaalde onderwerp te doen. Daarbenewens is gerapporteerde beslissings nie noodwendig 'n akkurate weergawe van die ware posisie nie. Die finale besluit oor welke uitsprake gerapporteer gaan word en welke nie, lê by die redaksie van die hofverslae. Hulle gee prioriteit aan sekere soorte uitsprake en rapporteer nie alle uitsprake waarin gemeenregtelike navorsing voorkom nie. Verder is die opnames wat tot op datum gemaak is, tot appèlhofuitsprake beperk. Weliswaar is die appèlhof ons belangrikste hof, maar enige opname moet kennis neem van uitsprake, gerapporteer en ongerapporteer, wat in die verskillende provinsies en plaaslike afdelings van die hooggeregshof gegee word alvorens sodanige opnames kan voorgee om akkuraat of betroubaar te wees.

In 'n onlangse bydrae oor verpligte Latyn (1989 *SALJ* 159–160) maak Sinclair en Mureinik die stelling dat dit nie nodig is om na oorspronklike tekste te kyk nie, onder andere omdat die belangrikste beginsels van die Romeins-Hollandse reg reeds in ons hofverslae opgeneem is. Dit is kennelik nie korrek nie. In die onlangse verlede het die appèlhof, na diepgaande gemeenregtelike ondersoek, bevind dat die ingewortelde begrip van *uberrima fides* en die regsmiddel bekend as die *exceptio doli generalis* nie deel van ons gemenereg is nie en dus verkeerdelik in die hofverslae opgeneem is (kyk *Mutual and Federal Insurance Co Ltd v Oudtshoorn Municipality* 1985 1 SA 419 (A); *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas* 1988 3 SA 580 (A)). My eie navorsing het aan die lig gebring dat, in gevalle van *accessio* van roerende by onroerende goed by wyse van *inaedificatio*, die howe oor 'n lang tydperk die bedoeling van die aanhegter om 'n permanente aanhegting te doen, bykans tot 'n voorvereiste vir eiendomsverkryging by wyse van *accessio* verhef het, terwyl dit hoogstens 'n faktor is wat daarvoor in ag geneem moet word (kyk *Sumatie (Edms) Bpk v Venter* 1990 1 SA 173 (T); sien 1990 *THRHR* 106 ev vir 'n bespreking van hierdie saak (redakteur)).

'n Stelling wat nog meer misplaas is as die so pas genoemde, is dat praktykslatyn bestaan uit bekende begrippe wat maklik genoeg uit die hoof geleer kan word. Dit is louter onsin. U hoef slegs op 'n Dinsdagoggend in die Transvaalse mosiehof die frustrasie deur te gaan van bedes vir rente *a tempora mora* (in plaas van *a tempore morae*) om te besef dat daar nie so iets soos *bekende* Latynse begrippe bestaan nie. In die *Sunday Star* van 14 Augustus 1988 (oorgedruk in 1988 *Codicillus* 49) dryf Benjamin Arnold die spot met diegene wat voorgee 'n kennis van bekende Latynse begrippe te hê. So vind ons *casus belli* ("blow to the belly"), *cui bono* ("whose bones"), *locus standi* ("standing room"), *in camera* ("undeveloped film"), *de gustibus non est disputandum* ("a long-winded or gusty argument won't help"), *sine qua non* ("sign of quality"), *ultra vires* ("worse than a viral disease"), *contra bonos mores* ("unfavourable to larger bonuses") en dergelike meer. 'n Juweeltjie hou verband met verkeersprobleme:

> "Next time you're hassled by a traffic cop you could reduce him to stunned silence by remarking lightly, '*Merces mercedis*, officer (I am thankful I have a Mercedes) but *Audi alteram partem* (my wife, or other half, drives an Audi). So *Fiat justitia*, I would suggest. (It would be more just to ticket that Italian car over there.)
>
> And anyway, why doesn't the law care to do something about those terrible minibus taxis (*de minimis non curat lex*)?' "

Sekerlik die verbasendste argument van die "abolisioniste" (in teenstelling met die "retentioniste" – beide afgelei van Latyn) is dat een kursus in Latyn op universiteit nie voldoende is nie. Hoe kan geen Latyn ooit beter wees as 'n bietjie Latyn? Daar word toegegee dat 'n bloot oppervlakkige kennis van Latyn die meeste studente nie gaan help om behoorlik met die ou bronne om te gaan nie. Soos ek egter aan die hand gedoen het by die onlangse seminaar oor "Latyn en regsopleiding" aangebied deur die Klassieke Vereniging van Suid-Afrika, moet die verskillende Latyn-departemente aan ons universiteite poog om, so ver moontlik, 'n eenvormige regslatynkursus in te stel, in welke kursus daar veral op inhoud en standaard gelet word. Wat dit betref, is dit nie voldoende om die kursus te beperk tot die *Institutiones* van Gaius en Justinianus nie. Daar moet ook ruim geput word uit die *Digesta* en latere regsbronne, veral op die gebied van sake- en verbintenisreg, ten opsigte waarvan die Suid-Afrikaanse reg steeds fundamenteel Romeinsregtelik georiënteer is. Indien die nodige inisiatief van ons universiteite kan kom, kan met reg gesê word: *Ex Africa semper aliquid novi*. Op hierdie wyse kan Latyn voortleef en kan ons die gevaar van "juridiese barbarisme" ontwyk. *Vivat lingua Latina in aeternum, certis commodis nostris maximaeque utilitati toti mundo.*

DH VAN ZYL
Regter van die Hooggeregshof van Suid-Afrika

HANGENDE APPÈLLE, VONNISBESPREKINGS EN MINAGTING VAN DIE HOF

In 'n onlangse aantekening ("Minagting van die hof en vonnisbesprekings van beslissings waarin 'n appèl hangende is" 1988 *THRHR* 233 ev) neem Snyman die standpunt in dat besprekings in regstydskrifte van beslissings waarin daar appèlle hangende is, in beginsel op minagting van die hof neerkom. Vereistes vir 'n skuldigbevinding aan minagting van die hof is hier volgens hom dat die bespreekte saak hangende is en dat die beskuldigde die opset gehad het om die hof se beslissing te probeer beïnvloed. Laasgenoemde bestaan daaruit dat die beskuldigde eerstens die moontlikheid voorsien het dat daar teen die uitspraak geappelleer word of dat die toegelate tydperk vir aansoek om verlof tot appèl nog nie verstryk het nie, en dat die gewraakte vonnisbespreking stellings of argumente bevat wat die uitspraak van die hof van appèl kan beïnvloed of vooruitloop. Aan die ander kant word nie vereis dat die hof van die gewraakte vonnisbespreking kennis neem of waarskynlik daardeur beïnvloed sal word nie. In aansluiting hierby is dit dan ook geen verweer vir die beskuldigde dat hy van mening was dat die vonnisbespreking nie onder die aandag van die hof sou kom

nie, of indien dit wel gebeur, dat dit hoogs onwaarskynlik is dat die hof daardeur beïnvloed sou word (234–236).

Snyman se standpunt kan egter nie ongekwalifiseerd onderskryf word nie. Dat besprekings in regstydskrifte, soos trouens ook besprekings van vonnisse in enige ander publikasievorm, van hangende sake in gegewe omstandighede wel minagting van die hof daar kan stel, spreek vanself; om dit egter tot 'n beginseluitgangspunt te verhef in die omstandighede wat hy skets, gaan te ver. In dié verband loon dit om die redes wat hy vir aanspreeklikheid vir minagting van die hof in die gesketste omstandighede aanvoer, onder die loep te neem:

Eerstens is die doel van die bestrawwing van kommentaar op aanhangige sake volgens Snyman (234)

> "die oorweging dat howe in staat moet wees om tot 'n besluit te geraak sonder onbehoorlike beïnvloeding van buite".

Dit laat onwillekeurig die vraag ontstaan of kommentaar op hangende beslissings *sonder meer* as *onbehoorlike beïnvloeding* bestempel kan word. Neem die volgende voorbeelde:

(a) Die hof *a quo* het relevante regspraak, ou bronne of selfs wetgewing wat nie met sy beslissing strook nie, oor die hoof gesien. (Vgl bv gevalle soos *Esterhuizen v Administrator Transvaal* 1957 3 SA 710 (T) en *Dube v Administrator Transvaal* 1963 4 SA 260 (W), waarin twee hospitale middellik aanspreeklik gehou is vir die professionele nalatigheid van hulle personeel (vgl ook *Buls v Tsatsarolakis* 1976 2 SA 891 (T)) sonder enige verwysing na *Hartl v Pretoria Hospital Committee* 1915 TPD 336, *Byrne v East London Hospital Board* 1926 EDL 128 en *Lower Umfolozi District War Memorial Hospital v Lowe* 1937 NPD 31, waarin lynreg die teenoorgestelde beginsel neergelê is; *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas* 1988 3 SA 580 (A) – weliswaar 'n appèlhofbeslissing, maar dié situasie kan ewe goed van toepassing wees op die beslissing van 'n hof *a quo* – en die besprekings daarvan deur Du Plessis en Olivier 1988 *De Jure* 375 ev en Hawthorne en Thomas 1989 *De Jure* 143 ev; *S v Kruger* 1976 3 SA 290 (O), waarin die streekslanddros in die hof *a quo* die beskuldigde aan gemeenregtelike vrugafdrywing skuldig bevind en daarkragtens gevonnis het omdat hy a 10 van die Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie 2 van 1975 oor die hoof gesien het.) 'n Vonnisbespreking wys daarop, asook op die juridiese konsekwensies daarvan.

(b) Die hof *a quo* het voor die probleem gestaan dat daar op die betrokke punt 'n leemte in ons reg bestaan (vgl bv gevalle soos *W v W* 1976 2 SA 308 (W); *V v R* 1979 3 SA 1006 (T)). 'n Vonnisbespreking sit die oplossings wat ander regstelsels vir dergelike gevalle gevind het, uiteen en evalueer hulle in die lig van die algemene beginsels van ons reg.

(c) 'n Vonnisbespreking prys die uitspraak van die hof *a quo* as regsuiwer aan (vgl bv Van Oosten "Selfbediening of winkeldiefstal? — *S v Dlamini* 1984 (3) SA 196 (N)" 1985 *SASK* 149).

(d) 'n Vonnisbespreking beskou 'n uitspraak van 'n hof van gelyke of hoër status wat strydig met 'n uitspraak van die hof *a quo* is, as regtens verkieslik (vgl bv Van der Walt 1976 *THRHR* 399 se bespreking van *St Augustine Hospital (Pty) Ltd v Le Breton* 1975 2 SA 530 (D)).

(e) 'n Vonnisbespreking stem ooreen met die betoog van een van die regsverteenwoordigers (vgl bv Labuschagne 1984 *SASK* 275 se bespreking van *S v Von Molendorff* 1987 1 SA 135 (T)).

(f) Twee vonnisbesprekings waarvan een die een regsverteenwoordiger se betoog en 'n ander die ander regsverteenwoordiger se betoog steun, kom onder die aandag van die hof van appèl nadat die regsverteenwoordigers hulle betoë sonder kennis van sodanige vonnisbesprekings afgehandel het (vgl bv *S v Hoffman* 1983 4 SA 564 (T) en die bespreking daarvan deur Van Oosten 1984 *THRHR* 464 teenoor dié van Geldenhuys "Kan 'n ouer kinderdiefstal pleeg?" 1984 *SASK* 284).

Of daar in gevalle (c)–(f) hoegenaamd van beïnvloeding sprake is, om van onbehoorlikheid nie eens te praat nie, waar die betrokke standpunt vantevore deur die howe verkondig is, moet ernstig betwyfel word, tensy daar geredeneer word dat die blote verlening van steun aan 'n bepaalde hofuitspraak in 'n bespreking van 'n hangende beslissing alreeds beïnvloeding uitmaak. So 'n argument sou egter aan die begrip "beïnvloeding" 'n drakoniese draagwydte verleen.

Indien aanvaar word dat daar in gevalle (a)–(b) wel van beïnvloeding sprake is, is dit moeilik om in te sien hoe dit as "onbehoorlik" bestempel kan word om 'n hof van appèl te wys op relevante gesag en oplossings wat nie deur die hof *a quo* oorweeg is nie. Trouens, indien daar van die kwalik betwisbare standpunt uitgegaan word dat 'n onbevange oorweging van alle toepaslike gesigspunte en regsbeginsels deur die hof van appèl die gang van behoorlike regspleging bevorder eerder as om dit te ondermyn, sal die teendeel juis waar wees.

Dit is dan ook opvallend dat dit die eerste en laaste keer is dat Snyman pertinent van die element van onbehoorlikheid as vereiste vir die gewraakte beïnvloeding melding maak, asook dat hy in dié verband geensins van *billike kommentaar* as spesiale regverdigingsgrond by minagting van die hof gewag maak nie. Sonder om in besonderhede op die vereistes van dié verweer as sodanig in te gaan, kan hier stellig geredeneer word dat mits besprekings van hangende beslissings aan die vereistes van billike kommentaar as verweer voldoen en die perke daarvan nie oorskry nie, hulle regmatig is en bygevolg beswaarlik onbehoorlike beïnvloeding kan uitmaak. Elders verklaar Snyman (*Strafreg* (1986) 376) dan ook self:

> "Billike kommentaar op die uitslag van 'n saak of op die regspleging in die algemeen, kan ook nie as minagting van die hof beskou word nie. Openbare debat omtrent die regspleging is in 'n demokratiese gemeenskap nie slegs toelaatbaar nie, maar selfs noodsaaklik, ten einde te verseker dat die reg en die regspleging die agting van die bevolking geniet . . . Vir kommentaar om billik te wees, moet dit redelik, *bona fide*, in matige taal en in belang van behoorlike regspleging wees."

(Sien ook Milton en Hunt *South African criminal law and procedure* 2 (1982) 184 186–187; Milton "A cloistered virtue?" 1970 *SALJ* 427 ev; Van der Walt 1970 *THRHR* 303 ev; Labuschagne "Minagting van die hof: 'n strafregtelike en menseregtelike evaluasie" 1988 *TSAR* 346; Van Heerden AR in *S v Harber* 1988 3 SA 396 (A) 422:

> "In passing it may be said that . . . the conduct concerned should *improperly* tend to interfere with pending proceedings. Thus, a discussion in a law journal of legal issues decided in a case on appeal would generally not constitute contempt of court. The same may be true of even factual discussions in scientific journals" (my kursivering).)

By ontstentenis van enige aanduiding dat Snyman met die sinsnede "kommentaar op die uitslag van 'n saak" 'n saak bedoel wat nie hangend is nie – sien ook die ander skrywers hierbo, wat insgelyks geen sodanige beperking op billike kommentaar as verweer stel nie – kan sy woorde ewe goed toepassing vind op kommentare in regstydskrifte op afgehandelde beslissings van die hof *a quo* waarteen 'n appèl nog oorweeg of aangeteken word. Gesag vir 'n onderskeid tussen kommentare op hangende sake en sake wat nie hangend is nie, waarvolgens laasgenoemde maar nie eersgenoemde nie deur billike kommentaar geregverdig kan word, skyn ook in ons regspraak te ontbreek. In dié sin wil dit dus voorkom of Snyman se algemene omskrywing van billike kommentaar as verweer en sy prinsipiële uitgangspunt dat besprekings van hangende beslissings minagting van die hof daarstel, nie volkome rym nie. (In elk geval sou dit navorsers se taak aansienlik bemoeilik indien die afhandeling van byvoorbeeld 'n proefskrif, verhandeling, handboek of artikel onbepaald uitgestel moet word omdat 'n belangrike vonnis wat daarin bespreek word en wat wesenlik vir dié navorsing is, beslis of moontlik in appèl geneem gaan word. Weglating van so 'n vonnisbespreking is natuurlik 'n alternatief, maar wetenskaplik bepaald nie 'n aanvaarbare een nie.)

Tweedens kan kommentaar op aanhangige sake volgens Snyman (1988 *THRHR* 234)

> "ook die ongewenste uitwerking hê dat dit getuies kan beïnvloed om nie te getuig nie of om valse of verdraaide getuienis af te lê, of om partye tot 'n siviele geding [daartoe] te beweeg om te swig voor druk om 'n saak te skik of byvoorbeeld sekere erkennings te maak, of selfs (hoewel dit minder waarskynlik is) om die vervolging [daartoe] te beweeg om 'n klagte terug te trek of af te water".

Ofskoon enigiets seker moontlik is, val dit ernstig te betwyfel of besprekings van hangende sake in *regstydskrifte*, met hulle relatief beperkte leserskring, met enige mate van waarskynlikheid genoemde uitwerking sal hê; en selfs al sou hulle sodanige uitwerking hê, sou die nodige opset om op dié wyse die hof te beïnvloed, waarskynlik ontbreek. In ieder geval verloor dié redenasie uit die oog dat 'n wesenlike hoeveelheid vonnisbesprekings oor die *ratio decidendi* van die hof eerder as oor die feitebevinding van die hof handel.

Derdens ondermyn kommentaar op aanhangige sake volgens Snyman (1988 *THRHR* 234)

> "die publiek se vertroue in die juistheid van 'n uitspraak of die onpartydigheid van 'n hof: as die uiteindelike uitspraak van die hof ooreenstem met die spekulasie of standpunt wat in die geskrif ingeneem is, kan die indruk gewek word dat die hof hom deur sodanige standpunt of spekulasie laat beïnvloed het – al was dit inderdaad glad nie die geval nie. As die uitspraak verskil van die spekulatiewe verwagtings wat geskep is, kan dit dalk weer beteken dat valse hoop geskep is en dat die publiek onwillig kan wees om die juistheid van die hof se bevinding te aanvaar".

Weer eens moet daar ernstige twyfel bestaan oor die waarskynlikheid dat besprekings van hangende sake in *regstydskrifte* sodanige uitwerking sal hê. Enersyds behoort 'n onbevange oorweging van alle relevante gesigspunte en standpunte, insluitend dié geopper in besprekings van hangende sake in regstydskrifte, deur die hof presies die teenoorgestelde uitwerking te hê, te wete 'n versterking van die publiek se vertroue in die juistheid van die uitspraak of die onpartydigheid van die hof. Minstens in gevalle (a)–(b) hierbo, byvoorbeeld, sal die betrokke vonnisbespreking behoorlike regspleging en bygevolg die publiek se vertroue in die regspleging veeleer bevorder as ondergrawe.

Andersyds getuig die onderhawige argument dat besprekings van hangende sake in regstydskrifte minagting van die hof daarstel, allermins van vertroue in ons howe se vermoë om alle gesigspunte en standpunte juridies teen mekaar op te weeg en tot 'n selfstandige beslissing te geraak. Siende dat ons howe klaarblyklik daartoe in staat is om selfstandig soms ingewikkelde en dikwels botsende getuienis, feitekomplekse, regspraak, ou bronne, wetgewing en moderne gesag wat die hangende saak voorafgaan, te oorweeg en tot 'n beslissing te kom (sien bv *S v Ngubane* 1985 3 SA 677 (A); *Mtetwa v Minister of Health* 1989 3 SA 600 (D)), is vertroue dat hulle dieselfde met 'n bespreking van 'n hangende saak sal doen, seker nie heeltemal misplaas nie.

Bowendien sou 'n oordrewe beklemtoning van die feit dat die betrokke bespreking oor 'n hangende saak handel en daarom in beginsel regtens ongeoorloof is, soms onbillike en teenstrydige resultate tot gevolg hê. Dit sou naamlik beteken dat 'n bespreking van 'n saak met dieselfde feite wat die hangende saak voorafgaan en wat die hof inderdaad in sy beslissing beïnvloed, in beginsel regtens toelaatbaar is, maar nie 'n soortgelyke bespreking van die hangende saak self waarvan die hof nie eens kennis geneem het nie of wat die hof selfs pertinent verwerp het. Dat so 'n toedrag van sake onhoudbaar is, behoef nouliks enige betoog. (Daar kan terloops, sonder om die punt te debatteer, in dié verband opgemerk word dat die uitgangspunt van ons howe (sien Snyman 1988 *THRHR* 235; Milton en Hunt 199; Labuschagne 1988 *TSAR* 348) dat werklike beïnvloeding van 'n hofbeslissing geen vereiste vir voltooide minagting van die hof is nie, minstens in die onderhawige gevalle nie oortuig nie. Gepoogde onbehoorlike beïnvloeding van die hof kan doodgewoon as poging tot minagting van die hof bestraf word (vgl ook Milton en Hunt 200 en die posisie by (poging tot) regsverydeling).)

Kortom, enersyds kan die beginseluitgangspunt dat 'n blote bespreking van 'n hangende beslissing sonder meer op onbehoorlike beïnvloeding neerkom, nie onderskryf word nie en andersyds is dit moeilik om in te sien hoe beïnvloeding wat die gang van behoorlike regspleging bevorder, minagting van die hof kan uitmaak. Daarmee word allermins ontken dat besprekings van hangende beslissings in regstydskrifte in gegewe omstandighede wel op minagting van die hof kan neerkom. Laasgenoemde behoort egter alleen die geval te wees indien die betrokke vonnisbespreking nie aan die vereistes van billike kommentaar as spesiale regverdigingsgrond voldoen nie of die perke daarvan oorskry.

FFW VAN OOSTEN
Universiteit van Pretoria

DIE *CONDICTIO FURTIVA* EN DIE BESITSAKSIE

1 Inleiding

Die *condictio furtiva* en die "besitsaksie" (of "*possessory action*") is van die minder bekende remedies van die sakereg, ten spyte daarvan dat dit in bepaalde omstandighede waardevolle remedies vir die beskerming, handhawing

of herstel van sakeregtelike verhoudings bied. Die relatiewe onbekendheid van die besitsaksie is moontlik 'n gevolg van die feit dat dit dikwels met ander remedies soos die *rei vindicatio* of die mandament van spolie verwar word (sien in die verband Erasmus, Van der Merwe en Van Wyk *Lee and Honoré: Family, things and succession* (1983) 253; Van der Walt *Die ontwikkeling van houerskap* (LLD-proefskrif PU vir CHO 1986) 732 vn 249). Afgesien van die feit dat daar min sekerheid en duidelikheid oor die aard en toepassing van die besitsaksie bestaan, is die verwarring hoofsaaklik die gevolg van onakkurate gebruik van die begrip "besit". (Sien hieroor verder Van der Walt "Die beskerming van besit en houerskap in die Suid-Afrikaanse reg" 1987 *THRHR* 139–152 veral 150–152; Van der Walt "Die funksies en omskrywing van besit" 1988 *THRHR* 276–296 508–514.)

In die handboeke word die besitsaksie van ander sakeregtelike remedies onderskei (sien bv Van der Merwe *Sakereg* (1979) 96; Silberberg-Schoeman *The law of property* (1983) 149; Delport en Olivier *Sakereg vonnisbundel* (1985) 116–117; Van der Merwe *The law of things* 27 *LAWSA* 86 par 88; Olivier, Pienaar en Van der Walt *Sakereg studentehandboek* (1989) 258–260). In die tersaaklike regspraak is die onderskeid egter nie altyd ewe duidelik nie, en dit is waar die verwarring ontstaan (sien bv *Kemp v Roper* (1886) 2 BAC 141; *Loots v Van Wijk* (1899) 16 SC 419; *Mshwakezele v Guduza* (1901) 18 SC 167; *Omar v Sahib* 1907 NLR 625). Die enkele uitsprake waarin groter duidelikheid oor die aard en vereistes van die remedie bereik word, handel oor die onderskeid tussen die besitsaksies en die *rei vindicatio* of die mandament van spolie (sien bv *Kemp v Roper* (1886) 2 BAC 141 143; *Pentz v Colonial Government* (1890) 8 SC 34 35; *Koenigsberg, Hopkins and Co v Robinson Gold Mining Co* 1905 TH 90 95; *Bennett v Black* 1918 EDL 253 257; *Pretoria Stadsraad v Ebrahim* 1979 4 SA 193 (T) 196A–C; *Buchholtz v Buchholtz* 1980 3 SA 424 (W) 425). Selfs oor hierdie aspek bestaan daar soms nog onsekerheid, en daar word selde indien ooit in 'n aansoek om 'n uitsettingsbevel aangedui of die grondslag van die bevel die *rei vindicatio* of die besitsaksie is ten spyte daarvan dat die bewyslas van die twee remedies verskil. (In die onlangse uitspraak in *Syfrets Participation Bond Managers v Estate and Co-op Wine Distributors* 1989 1 SA 106 (W) is 'n uitsettingsbevel verleen sonder om hierdie vraag te oorweeg, terwyl die feite suggereer dat die applikant nie een van die twee remedies se bewyslas kon bevredig nie.)

Daar bestaan ook 'n lang tradisie van verwarring tussen die besitsaksie en die mandament van spolie. Hoewel die aard en vereistes van die remedies duidelike verskille openbaar, is daar 'n groot mate van verwarring geskep deurdat albei remedies in Engels as "*the possessory remedy*" aangedui word (sien bv Price *The possessory remedies in Roman-Dutch law* (1947) 110). Hierdie verwarring is vererger deur die praktyksgebruik waarvolgens die eiser in 'n besitsaksie die bewyslas met betrekking tot 'n sterker reg op die saak op die verweerder kan oorplaas deur *prima facie* te bewys dat die verweerder die saak deur middel van spolie uit die eiser se beheer verwyder het (sien Van der Walt 1987 *THRHR* 144).

Afgesien van bogemelde verwarring tussen die besitsaksie, die *rei vindicatio* en die mandament van spolie het 'n resente beslissing die verhouding tussen die besitsaksie en die ewe onbekende *condictio furtiva* na vore gebring. Die saak is op basis van die *condictio furtiva* beslis en die besitsaksie is nie in die uitspraak geopper of ondersoek nie; desnieteenstaande is dit die moeite werd om die vraag

te vra of die saak ook op basis van die besitsaksie beslis sou kon word, en wat die implikasies daarvan vir die verhouding tussen die twee remedies sou wees. Die feite en uitspraak in hierdie beslissing word kortliks uiteengesit ten einde die moontlikhede vir die gebruik van die besitsaksie toe te lig.

2 Clifford v Farinha 1988 4 SA 315 (W)

2 1 Feite

Die eiser het 'n motor van 'n bankinstelling gehuur en was volgens die huurooreenkoms verantwoordelik vir alle skade aan die voertuig. Daarbenewens sou die volle koopsom onmiddellik betaalbaar word indien die motor tydens die huurtermyn gesteel sou word. Die verweerder het tydens die eiser se afwesigheid en sonder sy toestemming die motor onregmatig uit sy beheer verwyder en gebruik maar sonder die bedoeling om die eiser daardeur skade te berokken. Terwyl sy die motor gebruik het, is dit gesteel in omstandighede waar geen skuld aan die verweerder toegedig kan word nie. (Sien 319E–G vir 'n kort samevatting van die feitebevinding; sien verder Otto se kort oorsig van die uitspraak in 1989 *De Rebus* 104.)

2 2 Uitspraak

In hierdie feitestel bevind die eiser hom in die onbenydenswaardige dog interessante posisie dat geeneen van die "gebruiklike" sakeregtelike remedies tot sy beskikking is nie:

(a) Die hof wys tereg daarop (319G; met verwysing na *Vulcan Rubber Works v South African Railways and Harbours* 1958 3 SA 285 (A); sien ook *Chetty v Naidoo* 1974 3 SA 13 (A)) dat die eiser nie van die *rei vindicatio* gebruik kan maak nie omdat die saak by instel van die aksie nie meer in die verweerder se beheer ("*possession*") was nie. Die meer voor-die-hand-liggende rede waarom hy die *rei vindicatio* nie kan gebruik nie, naamlik die feit dat die eiser nie die eienaar van die betrokke saak is nie (sien *Ebrahim v Deputy Sheriff, Durban* 1961 4 SA 265 (D) 267G), word nie deur die hof vermeld nie.

(b) Die eiser kan ook nie op die *actio ad exhibendum* staatmaak nie aangesien hy nie kan bewys dat die verweerder vrywillig van die saak afstand gedoen het of dat die verlies van die saak aan haar opset of nalatigheid gewyt kan word nie (319H; met verwysing na *Alderson & Flitton (Tzaneen) v EG Duffeys Spares* 1975 3 SA 41 (T) 47H 51E–F).

(c) Die eiser kan eweneens nie van die *actio legis Aquiliae* gebruik maak nie, selfs al beskik hy oor die nodige negatiewe interesse (in die vorm van aanspreeklikheid vir skade teenoor die eienaar) om vir die uitbreiding van hierdie remedie na nie-eienaars te kwalifiseer (325A–D; met verwysing na *Smit v Saipem* 1974 4 SA 918 (A) 931H–932B; sien ook *Refrigerated Transport v Mainline Carriers* 1983 3 SA 121 (A)). Die eiser kan nie met die "gewone" skadevergoedingsaksie slaag nie omdat die doelbewuste of skuldige handelinge van die verweerder (naamlik ongemagtigde verwydering en gebruik van die voertuig) nie op verlies van die voertuig gerig was nie, terwyl die handeling waardeur die verlies van die voertuig inderdaad veroorsaak is (nl diefstal deur 'n derde party) nie aan die skuld van die verweerder gewyt kan word nie (320D–F). Omdat dit juis *in casu* oor die betaling van skadevergoeding handel, kan hierdie aspek as die belangrikste deel van die uitspraak beskou word. Normaalweg sou die eiser

blote teruggawe van die saak (of sg "besitsherstel") gevra het, maar omdat die saak gesteel is en nie weer teruggevind kan word nie is teruggawe natuurlik onmoontlik. Die gebruiklike alternatief vir sulke gevalle, naamlik skadevergoeding op grond van die *lex Aquilia*, is in hierdie geval juis uitgesluit omdat skuld ten aansien van die veroorsaking van die skade by die verweerder ontbreek het. Die vraag is dan of daar enige ander remedie bestaan waarmee die eiser skadevergoeding as alternatief vir teruggawe kan verhaal ongeag die afwesigheid van skuld ten aansien van die veroorsaking van die skade.

(d) 'n Remedie wat nie deur die hof gemeld word nie, waarskynlik omdat dit nie geopper is nie, is die mandament van spolie. Na alle waarskynlikheid sou die eiser aan die vereistes vir die verlening van hierdie remedie kon voldoen (sien Olivier, Pienaar en Van der Walt (1989) 234–235); dit is egter ook waarskynlik dat die verweerder sou slaag met die verweer van onmoontlikheid, gebaseer op die objektiewe onmoontlikheid om die saak terug te gee (sien oor hierdie verweer *idem* 252–255). Siende dat die meriete van die partye se aansprake op die saak, vanweë die unieke aard van die remedie, nie in 'n aansoek om die mandament van spolie geopper of oorweeg kan word nie (sien hieroor in groter besonderhede *idem* 232–234), kon die eiser ook nie die kwessie van skadevergoeding saam met 'n aansoek om 'n mandament van spolie opper nie. Die keuse om die mandament van spolie nie te gebruik nie was dus takties korrek.

Die hof beslis die saak uiteindelik op basis van die *condictio furtiva*, en bevind dat die eiser met behulp van hierdie remedie die (in hierdie geval ooreengekome) geldwaarde van die saak van die verweerder kan verhaal. Gewoonlik word die volgende vereistes vir die verlening van die *condictio furtiva* gestel (sien Van der Merwe (1979) 243–244; Silberberg-Schoeman (1983) 296–297; Carey Miller *The acquisition and protection of ownership* (1986) 326–332; Van der Merwe (1987) 176–177 par 187; Olivier, Pienaar en Van der Walt (1989) 173–174):

(a) Die eiser moet vanaf die datum van die diefstal tot by instel van die aksie eienaar van die saak wees, met die uitsondering dat 'n eienaar wat sy eiendomsreg verloor omdat die saak na die diefstal onherstelbaar vervreem of vernietig raak die remedie nog steeds kan instel. Wat hierdie vereiste betref, word beslis dat dit nie net vir die eienaar beskikbaar is nie, maar ook vir nie-eienaars (in hierdie geval 'n huurder) wat 'n genoegsame positiewe of negatiewe interesse in die saak het (323F–325C). Die teenoorgestelde uitspraak in *Minister van Verdediging v Van Wyk* 1976 1 SA 397 (T) 401A word as *obiter* beskou en van die huidige geval onderskei (323G 324D). Hierdie benadering word, op gesag van Groenewegen en Voet, deur enkele moderne bronne ondersteun (sien Pauw "Historical notes on the nature of the *condictio furtiva*" 1976 *SALJ* 400; Carey Miller (1986) 327).

(b) Die aksie kan slegs teen die dief of sy erfgename ingestel word, maar nie teen medepligtiges of latere verkrygers van die saak nie. Diefstal in hierdie konteks hoef nie aan die omskrywing van die misdaad te voldoen nie, maar kan bloot uit onregmatige verwydering van die saak uit die eiser se beheer bestaan. Selfs tydelike verwydering sonder die oogmerk om te steel, is voldoende. In die onderhawige uitspraak word insgelyks bevind dat diefstal nie aan die gemeenregtelike strafregtelike definisie van diefstal gemeet moet word nie; daarom kan die aksie ook gebruik word teen 'n persoon wat die saak onregmatig maar bloot tydelik uit die eienaar se beheer verwyder het (322C–323E). Hierdie bevinding

word ook algemeen deur die moderne bronne onderskryf. (Sien Pauw 1976 *SALJ* 400; Blecher "The owner's action against persons who fraudulently ceased to possess his res (qui dolo desierunt possidere)" 1978 *SALJ* 349; Van der Merwe (1979) 244; Silberberg-Schoeman (1983) 297; Carey Miller (1986) 331–332; Van der Merwe (1987) 176 par 187; Olivier, Pienaar en Van der Walt (1989) 174; en sien *Minister van Verdediging v Van Wyk* 1976 1 SA 397 (T) 403A–B.) Met verwysing na die gemenereg word beslis dat die risiko vir verlies op die dief rus – selfs wanneer die verlies nie aan sy skuld gewyt kan word nie – op grond van die beginsel dat die dief altyd *in mora* is (321A–322C). Hierdie beginsel is in die moderne reg ingeburger en skep weinig probleme (sien Blecher 1978 *SALJ* 345; Van der Merwe (1979) 244; Silberberg-Schoeman (1983) 296; Carey Miller (1986) 328; Van der Merwe (1987) 177 par 187; Olivier, Pienaar en Van der Walt (1989) 174).

(c) Volgens gemeenregtelike gesag kan die hoogste geldwaarde van die saak sedert die onregmatige verwydering daarvan geëis word as die saak self nie meer teruggegee kan word nie. Daar bestaan geen gesag in die moderne reg waaruit afgelei kan word of hierdie benadering nog steeds gevolg sal word nie. Blecher (1978 *SALJ* 358) doen aan die hand dat dit nie meer moet geld nie (sien ook Delport en Olivier (1985) 368), maar Carey Miller ((1986) 329–330) regverdig die behoud van die gemeenregtelike posisie. In hierdie saak het die partye oor die waarde van die saak ooreengekom; daarom is daar nie oor hierdie aspek uitspraak gelewer nie.

(d) Die remedie kan nie saam met die *rei vindicatio* en die *actio ad exhibendum* ingestel word nie, maar wel as alternatief (sien bv Olivier, Pienaar en Van der Walt (1989) 174). 'n Vraag wat nie beantwoord is nie, is of die besitsaksie ook as alternatief vir die *condictio furtiva* beskou moet word.

Die bevinding ten aansien van die beskikbaarheid van die remedie vir nie-eienaars moet as die belangrikste aspek van hierdie uitspraak beskou word. Gesien teen die agtergrond dat die aksie in die *Van Wyk*-saak streng tot eienaars beperk is, moet die onderhawige uitspraak as 'n uitbreiding van die bestaande regsposisie gesien word. In hierdie verband ontstaan die vraag of die eiser nie ook vir die besitsaksie (wat nie in die saak geopper was nie) kon kwalifiseer nie. Daarmee word nie by implikasie veronderstel dat die onderhawige beslissing ten aansien van die *condictio furtiva* verkeerd is nie – daar kan klaarblyklik op grond van die gemeenregtelike gesag 'n saak daarvoor uitgemaak word dat die *condictio furtiva* wel aan nie-eienaars beskikbaar behoort te wees. Die vraag is egter of die besitsaksie, as dit geopper was, vir die eiser dieselfde regshulp kon bied en wat die verhouding tussen die twee remedies is.

3 Die sogenaamde besitsaksie

3 1 Die term "besitsaksie"

Daar bestaan weinig duidelikheid oor die aard van hierdie remedie, onder andere as gevolg van die feit dat dit dikwels nie duidelik van ander remedies onderskei word nie. Streng gesproke is die term "besitsaksie" onakkuraat en verwarrend, omdat die remedie juis nie vir besitters in die eng sin van die woord (dit is onregmatige besitters *animo domini*) beskikbaar is nie. Besitters in die eng sin van die woord kan die remedie in beginsel nie gebruik nie omdat hulle nie die vereistes kan bevredig nie. Iemand wat onregmatig in beheer van 'n saak is, kan

in beginsel nie 'n reg op die saak bewys nie, terwyl die besitsaksie juis op grond van 'n bewys van 'n beter reg op die saak beslis word (sien hieroor Van der Walt 1987 *THRHR* 139–152; Van der Walt 1987 *THRHR* 276–296 508–514). Die term "besitsaksie" is verder verwarrend omdat dit maklik met die tegniese begrip "besitsbeskerming" of "besitsremedie" verwar word, terwyl dit juis baie duidelik van die sogenaamde "besitsremedie" in die eng tegniese sin (die mandament van spolie) onderskei moet word. Die mandament van spolie, synde die enigste ware besitsremedie in hierdie tegniese sin, is naamlik gerig op die summiere herstel van fisiese beheer afgesien van die meriete daarvan. Daarteenoor verleen die sogenaamde besitsaksie juis beskerming op grond van 'n beter reg op die saak (sien hieroor verder Kleyn "Die mandament van spolie as besitsremedie" 1986 *De Jure* 1–16; Van der Walt 1987 *THRHR* 144).

3 2 Vereistes

Die eiser moet bewys dat hy 'n sterker reg op die betrokke saak (of op beheer daarvan) as die respondent het. Die eiser hoef nie eiendomsreg te bewys nie en hy hoef ook nie 'n absolute reg op beheer oor die saak te bewys nie – dit is voldoende om te bewys dat sy reg op die saak (relatief) sterker as die reg van die verweerder is (sien *Kemp v Roper* (1886) 2 BAC 141 143; *Koenigsberg, Hopkins and Co v Robinson Gold Mining Co* 1905 TH 90 95; *Bennett v Black* 1918 EDL 253 257; *Pretoria Stadsraad v Ebrahim* 1979 4 SA 193 (T) 196A–196C; *Buchholtz v Buchholtz* 1980 3 SA 424 (W) 425C). Aan die ander kant word ook vereis dat die eiser se aanspraak op die saak minstens voorheen met daadwerklike fisiese beheer oor die saak gepaard moet gegaan het, en dat dit nie op 'n blote vorderingsreg op lewering, sonder enige vooraf beheer, kan berus nie. Die besitsaksie is dus gerig op terugvordering van verlore beheer en nie op die afdwinging van 'n vorderingsreg nie. (Sien *Kanniappen v Govender* 1962 1 SA 101 (N) 104H; Joubert "The action for ejectment – possessor and occupier" 1962 *SALJ* 130–131. Die gedagte dat 'n *bona fide* koper wat nog nie fisiese beheer verkry het nie en wat (as gevolg van 'n tekortkoming in die titel van die verkoper) verhoed word om die besitsaksie teen 'n derde verkryger met 'n sterker reg in te stel die uitsettingsaksie moet kan gebruik, is geopper deur Lambiris "The deprivation of possessory remedies as eviction in the law of sale" 1984 *SALJ* 17–25, maar daar bestaan geen gesag daarvoor nie.)

In die praktyk het die gebruik ontstaan om die eiser toe te laat om hom *prima facie* van sy bewyslas te kwyt deur bloot aan te toon dat die verweerder die saak deur middel van onregmatige spolie uit die eiser se beheer verwyder het, waarna die bewyslas op die verweerder rus om aan te toon dat hy 'n sterker reg op die saak as die eiser het (sien *Loots v Van Wijk* (1899) 16 SC 419 420; *Koenigsberg, Hopkins and Co v Robinson Gold Mining Co* 1905 TH 90 95; *Miller v Harris* 1912 CPD 203 206; *Bester v Grundling* 1917 TPD 492 495; *Doli v Mamkele* 1926 EDL 269 271; *Hoosen v Bourne and Co* 1962 3 SA 182 (D) 185A). Hierdie praktyksgebruik moet egter nie die aandag daarvan aftrek nie dat die eiser nog steeds op grond van sy sterker reg op die saak eis (sien Van der Walt 1987 *THRHR* 144).

Wat die vereistes betref, verskil die besitsaksie soos volg van die remedies waarmee dit gewoonlik verwar word:

(a) Die besitsaksie verskil van die *rei vindicatio* daarin dat die eiser in die besitsaksie nie eiendomsreg op die saak hoef te bewys nie, maar bloot 'n reg

wat sterker is as die reg van die verweerder. Daarteenoor berus die *rei vindicatio* se sukses juis op bewys van eiendomsreg (sien *Chetty v Naidoo* 1974 3 SA 13 (A)).

(b) Die besitsaksie verskil van die mandament van spolie daarin dat die besitsaksie op grond van die meriete van die partye se regte op die saak beslis word, terwyl die mandament van spolie gerig is op herstel van onregmatige spolie afgesien van die meriete van die partye se regte op die saak (sien *Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120).

3 3 Regshulp

Die waarde van die besitsaksie is daarin geleë dat die eiser nie net teruggawe van die saak kan eis nie, maar in gepaste gevalle ook die geldwaarde van die saak as alternatief vir teruggawe (sien Van der Merwe (1979) 96; Silberberg-Schoeman (1983) 149; Erasmus, Van der Merwe en Van Wyk (1983) 253; Delport en Olivier (1985) 117; Van der Merwe (1987) 86; Olivier, Pienaar en Van der Walt (1989) 260). Terselfdertyd kan verdere skadevergoeding in dieselfde aksie gevorder word, afgesien van die teruggawe van die saak of die waarde waarop die eiser geregtig mag wees (sien Erasmus, Van der Merwe en Van Wyk (1983) 253; Olivier, Pienaar en Van der Walt (1989) 260). Die eiser kan dus enige van die volgende kombinasies regshulp met die besitsaksie aanvra (sien Olivier, Pienaar en Van der Walt (1989) 260):

(a) Teruggawe van die saak of herstel van beheer oor die saak, met of sonder meegaande vergoeding vir skade wat uit die beheersverlies voortgespruit het.

(b) Die geldwaarde van die saak (of van beheer daaroor) as alternatief vir teruggawe indien teruggawe onmoontlik is, met of sonder meegaande skadevergoeding.

(c) Blote skadevergoeding vir skade wat uit die beheersverlies voortgevloei het. Dit sal veral die geval wees waar teruggawe onmoontlik is en die eiser terselfdertyd nie op enige eis gegrond op die waarde van sy beheer oor die saak geregtig is nie.

Die onderskeid tussen die eis vir die geldwaarde van die saak as alternatief vir teruggawe enersyds en die eis om verdere skadevergoeding word nie deur alle skrywers erken nie. Enersyds is daar skrywers (sien bv Van der Merwe (1979) 96; Silberberg-Schoeman (1983) 149; Van der Merwe (1987) 86) wat bloot van 'n skadevergoedingseis op basis van die besitsaksie melding maak, sonder om aan te dui of dit na die alternatiewe eis vir die geldwaarde van die saak of na 'n verdere skadevergoedingseis verwys. Daarteenoor is De Vos ("Bespreking van sekere aspekte van die regsposisie van besitters" 1959 *Acta Juridica* 186) teen die onderskeid tussen 'n skadevergoedingsaksie ingevolge die *lex Aquilia* enersyds en 'n afsonderlike skadevergoedingseis uit hoofde van die besitsaksie andersyds gekant. De Vos (*idem* 189 vn 23) noem hierdie onderskeid, soos dit onder andere by Lee en Honoré (*The South African law of property, family relations and succession* (1954) 10; sien ook *Matthee v Schietekat* 1959 1 SA 344 (K) 348A–C) aangetref word, 'n "apodiktiese stelling wat nie deur die bronne gestaaf word nie". Volgens De Vos moet die alternatiewe eis vir die geldwaarde van die saak, soos dit in die geval van die besitsaksie voorkom, nie met 'n skadevergoedingseis uit onregmatige daad verwar word nie. Klopper ("Die aard van die juridiese belang van houers by skadevergoeding" 1983 *Obiter* 92) kom

tot die slotsom dat die "regmatige besitter ('n begrip wat ook 'n *detentor* kan insluit)" 'n subjektiewe "besitsreg" ten aansien van die saak het op grond waarvan skadevergoeding deur middel van die *actio legis Aquiliae* geëis kan word. Die omvang van sy eis sal bepaal word aan die hand van die skade wat hy werklik ly as gevolg van die onregmatige inbreukmaking op sy gebruiks- en genotsbevoegdhede. Hierdie gevolgtrekking van Klopper moet ten aansien van die eiser se eis vir vergoeding van aanvullende of gevolgskade onderskryf word. Dit sal egter beter wees om van 'n reg op beheer oor die saak te praat as 'n besitsreg, siende dat die begrip "besit" ook met die onregmatige beheersvorme verbind word. Dit is egter nog steeds nodig om so 'n skadevergoedingseis te onderskei van die alternatiewe eis vir die geldwaarde van die saak wat nie teruggegee kan word nie. Selfs al sou hierdie eis ook as 'n deliktuele eis beskou word, vertoon dit eiesoortige kenmerke op grond waarvan dit van enige verdere skadevergoedingseise onderskei moet word (sien bv *Koenigsberg, Hopkins and Co v Robinson Gold Mining Co* 1905 TH 90 95). Verder is dit belangrik om daarop te let dat die alternatiewe eis wat by onmoontlikheid van teruggawe ingestel kan word nie noodwendig die volle markwaarde van die saak insluit nie – die eiser kan slegs eis vir die geldwaarde van sy beheer oor die saak (sien Erasmus, Van der Merwe en Van Wyk (1983) 253).

Die besitsaksie verskil dus ten aansien van die regshulp wat daarmee gevra word van die *rei vindicatio* en die mandament van spolie:

(a) Die besitsaksie verskil van die *rei vindicatio* daarin dat die eiser die saak opeis nie op grond van sy eiendomsreg nie, maar bloot op grond van sy sterker beheersreg. In hierdie sin kan die besitsaksie teoreties ook teenoor die eienaar slaag as die eiser 'n sterker beheersreg (op grond van byvoorbeeld huur) kan bewys. Aan die ander kant is die omvang van die eis in die besitsaksie beperk tot die geldwaarde van die eiser se belang in die saak of beheer daaroor.

(b) Die besitsaksie verskil van die mandament van spolie daarin dat beheersherstel op grond van die meriete van die partye se regte op die saak gevra word, met die gevolg dat skadevergoeding benewens blote teruggawe in dieselfde aksie gevra kan word. Siende dat die mandament van spolie nie op die meriete van die partye se regte op die saak beslis word nie, kan skadevergoeding nie in dieselfde aansoek oorweeg word nie omdat skadevergoeding altyd die meriete van die partye se regte betrek.

3 4 Toepassing

Volgens die feite van die *Clifford*-saak *supra* kan daar geen twyfel bestaan nie dat die eiser 'n sterker reg op beheer oor die motor, gegrond op sy regmatige houerskap as huurder daarvan, teenoor die verweerder sou kon bewys. In die lig van die verweerder se onregmatige verwydering van die motor sou die eiser trouens nie nodig gehad het om sy reg te bewys nie: op grond van die praktyksgebruik sou dit voldoende wees om sy saak *prima facie* te bewys deur bloot aan te toon dat die verweerder die saak deur middel van onregmatige spolie (sonder sy medewete en teen sy sin: *Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120 122) uit sy beheer verwyder het. Daarna sou die bewyslas op die verweerder rus om aan te toon dat sy 'n sterker reg op die saak as die eiser het – 'n bewyslas waarvan sy haar in die omstandighede kennelik nie sou kon kwyt nie, en *cadit quaestio*. Siende dat die verweerder in die omstandighede nie in staat was om die saak terug te gee nie, sou die eiser die geldwaarde van die saak (of van sy beheer oor

die saak) as alternatief vir teruggawe kon eis, saam met vergoeding vir enige verdere gevolgskade wat uit die beheersverlies kon voortspruit. Die omvang van die eiser se negatiewe interesse, in die vorm van sy aanspreeklikheid teenoor die eienaar vir die verlies van die saak, sou onder eersgenoemde hoof tuisgebring kon word.

3 5 Die skuldvraag

Die enigste oorblywende vraag is een wat in die beslissing ook met verwysing na die *condictio furtiva* opgeduik het, naamlik of die alternatiewe eis vir betaling van die geldwaarde van die saak bewys van skuld aan die kant van die verweerder verg. Hierdie vraag is sover bekend nog nie in die regspraak ten aansien van die besitsaksie aangespreek nie. Dit lyk taamlik duidelik dat die eis vir aanvullende vergoeding vir gevolgskade 'n normale geval ingevolge die *lex Aquilia* is, waarvoor bewys van skuld (ook ten aansien van die veroorsaking van die skade) vereis word. Wat die eis vir die geldwaarde van die saak betref, is die saak egter nie so eenvoudig nie. As hierdie eis 'n normale eis ingevolge die *lex Aquilia* was, sou skuld vereis word maar dan is dit onduidelik waarom hierdie eis so uitdruklik op die eiser se sterker reg op beheer gegrond moet word. As albei eise bloot op skadevergoeding ingevolge die *lex Aquilia* berus het, kon dit bloot op grond van die skuldige veroorsaking van skade, afgesien van sterker of swakker regte op beheer oor die saak, toegeken word. Dit wil voorkom asof die eis vir uitbetaling van die geldwaarde van die saak (of van beheer daaroor) as alternatief vir teruggawe, hoewel dit vandag regsteoreties as 'n deliktuele eis gesien word, bepaalde eiesoortige kenmerke vertoon op grond waarvan dit ook afsonderlik behandel moet word. Die belangrikste eiesoortige kenmerk is juis die feit dat die aksie in sy geheel oor die boeg van die eiser se sterker beheersaanspraak teenoor die verweerder gegooi word. De Vos beklemtoon tereg die feit dat hierdie alternatiewe eis vir die geldwaarde van die saak duidelik van 'n normale skadevergoedingseis kragtens die *lex Aquilia* onderskei moet word. Hierdie oorwegings skep die indruk dat die alternatiewe eis om betaling van die waarde van die saak (of van die waarde van beheer daaroor), vir sover dit as 'n deliktuele eis gesien kan word, as 'n vorm van skuldlose deliktuele aanspreeklikheid beskou moet word. Wat die skuldvraag betref, lyk dit dus asof dieselfde oorwegings wat by die *condictio furtiva* geld ook by die besitsaksie toepassing behoort te vind. Dit sou impliseer dat die dief (in die wye sin, soos tereg in die uitspraak hierbo bevind is) op grond van die *fur semper in mora* beginsel (die risikobeginsel) altyd die risiko vir skade aan of verlies van die saak moet dra, met die gevolg dat die eienaar (met die *condictio furtiva*) of 'n nieeienaar met 'n sterker reg as die dief (met die besitsaksie) teruggawe van die saak of die geldwaarde daarvan (of van beheer daaroor) skuldloos van die dief kan verhaal.

4 Regsaard van die besitsaksie

Daar bestaan heelwat onduidelikheid oor die regsaard van hierdie remedie. Die enigste skrywer wat hom tot op datum in enige detail oor hierdie aangeleentheid uitgelaat het, is De Vos (sien *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* (1987) 190–191; 1959 *Acta Juridica* 187). Volgens De Vos kan die besitsaksie een van drie verskillende vorme aanneem:

(a) In die eerste geval neem die besitsaksie 'n spesiale vorm van die *condictio indebiti* aan, wat die *condictio possessionis* genoem word om dit van die normale geval te onderskei. Dit gaan in hierdie geval om die eis van 'n regmatige houer wat self sy beheer oor die saak *indebite* aan iemand anders oordra onder die verkeerde indruk dat 'n bestaande regsplig of skuld daardeur uitgewis word, terwyl daar in werklikheid nie sodanige skuld bestaan nie. Volgens De Vos ((1987) 191) verskil die *condictio possessionis* in hierdie omstandighede van die normale *condictio indebiti* daarin dat daar nie ongeregverdigde oordrag van eiendomsreg nie, maar ongeregverdigde oordrag van beheer ("besit") oor die saak vereis word. Na voorbeeld van die *condictio indebiti* eis die verarmde in hierdie geval met die *condictio possessionis* van die verrykte teruggawe van die saak of die waarde daarvan, vir sover die verweerder by instel van die aksie deur die ongeregverdigde beheersoordrag ten koste van die eiser verryk is. In hierdie vorm is die besitsaksie 'n egte verrykingsaksie.

(b) In die tweede geval neem die besitsaksie 'n spesiale vorm van die *condictio sine causa specialis* aan, wat die *condictio possessionis* genoem word om dit van die normale geval te onderskei. In hierdie geval gaan dit oor die eis van 'n regmatige houer wat sy beheer oor die saak verloor, waarna dit sonder die vorige houer se medewete of toestemming maar op 'n wyse wat nie spolie daarstel nie, in die verweerder se beheer kom. De Vos ((1987) 191 vn 111) noem hiervan twee voorbeelde: A leen 'n saak aan B, B verloor dit, en C tel dit op; of A koop 'n saak op huurkoop van B, en voordat al die paaiemente betaal is, kom dit in die afwesigheid van spolie in die beheer van C. In hierdie geval is die besitsaksie ook 'n egte verrykingsaksie.

(c) In die derde geval neem die besitsaksie die vorm aan van 'n aksie gebaseer op die Romeinsregtelike *actio Publiciana*; hier gaan dit om die eis van 'n *bona fide possessor* teen 'n persoon met 'n swakker aanspraak op die saak as hyself (De Vos 1959 *Acta Juridica* 187). In hierdie geval is die besitsaksie nie 'n verrykingsaksie nie, maar bloot gebaseer op die meriete van die partye se aansprake op die saak.

Die eerste vraag wat aandag verdien, is of die besitsaksie inderdaad (in sekere gevalle) as 'n verrykingsaksie beskou kan word. As 'n besondere verskyningsvorm van die *condictio indebiti* of van die *condictio sine causa specialis* sou die besitsaksie noodwendig tot 'n eis vir die herstel van ongeregverdigde verryking beperk wees. Dit het bepaalde implikasies vir die berekening van die eis: die eis sal beperk wees tot die omvang van die eiser se verarming of die verweerder se verryking, wat ook al op datum van die eis die kleinste is; sekere skadelike en voordelige newewerkinge van die verryking en verarming sal in berekening gebring moet word; en dies meer. Die regspraak oor hierdie aksie toon egter geen neiging om hierdie benadering te volg nie; waar betaling van 'n geldsom as alternatief vir teruggawe ter sprake was, is die klem eerder op die waarde van die eiser se beheer as op die omvang van die verweerder se verryking geplaas (sien bv *Koenigsberg, Hopkins and Co v Robinson Gold Mining Co* 1905 TH 90 95; *Bester v Grundling* 1917 TPD 492 494). Daarom lyk dit aanvaarbaarder om die alternatiewe eis vir die geldwaarde van die saak (of van beheer daaroor) as 'n deliktuele eis te sien en te behandel, maar dan as 'n eiesoortige deliktuele eis gegrond op skuldlose aanspreeklikheid en gerig op betaling van die geldwaarde van die eiser se belang by die saak wat nie teruggegee kan word nie (sien

Van der Merwe (1979) 96; Klopper 1983 *Obiter* 91–92; Van der Walt (1986) 728–731).

Dit is interessant om daarop te let dat die eiser in bogemelde saak volgens De Vos se teorie geen eis sou hê nie: die eiser was geen *bona fide possessor* nie (die nodige *opinio domini* ontbreek) met gevolg dat die eis op grond van 'n aksie soortgelyk aan die *actio Publiciana* wegval; voorts is die *condictio possessionis* in die vorm van die *condictio indebiti* uitgesluit omdat die eiser self nie die beheer aan die verweerder oorgedra het nie; en laastens is die *condictio possessionis* in die vorm van die *condictio sine causa specialis* uitgesluit omdat die verweerder se verkryging van beheer op spolie neerkom. Dit lyk waarskynlik dat De Vos se beperkende siening van die besitsaksie in die vorm van die *condictio sine causa specialis* deur die voorbeeld van die *rei vindicatio* geïnspireer is. Per definisie is 'n verrykingsaksie vir ongeregverdigde oordrag van eiendomsreg net beskikbaar wanneer die verarmde eiser se *rei vindicatio* as gevolg van die oordrag van eiendomsreg verlore geraak het. Op basis van die (foutiewe) veronderstelling dat die mandament van spolie die remedie vir die herstel van "besit" is – net soos die *rei vindicatio* die remedie vir die herstel van eiendomsreg is – word daar dan geargumenteer dat die verrykingsaksie op grond van ongeregverdigde oordrag van "besit" net beskikbaar kan wees as die mandament van spolie nie beskikbaar is nie. Daarom word die tweede kategorie, waar beheer nie deur die eiser self aan die verweerder oorgedra is nie (dit sluit spolie per definisie uit) beperk tot gevalle wat nie op spolie neerkom nie. Die probleem is natuurlik dat daar, soos in die feitestel van die saak hierbo, gevalle kan voorkom waarin die beheersverskuiwing wel op spolie neerkom, maar waarin die benadeelde nie van die mandament van spolie gebruik kan maak nie omdat die verweerder oor 'n geldigde verweer beskik. As De Vos se benadering gevolg word, sal die tweede kategorie gevalle dus omskryf moet word as gevalle waarin die beheer nie deur die eiser aan die verweerder oorgedra is nie, en waarin die eiser die verlore beheer ook nie met die mandament van spolie van die verweerder kan terugeis nie (selfs al sou die verlies van die saak wel op spolie neerkom).

Daar bestaan 'n grondliggende beswaar teen De Vos se benadering. Dit is naamlik teoreties foutief om te aanvaar dat die mandament van spolie beheer ("besit") op dieselfde wyse beskerm as wat die *rei vindicatio* eiendomsreg beskerm. Die verskil is daarin geleë dat die mandament van spolie 'n summiere remedie is wat onregmatig versteurde beheer *ante omnia* herstel, afgesien van die meriete daarvan, terwyl die *rei vindicatio* eiendomsreg juis op grond van die meriete daarvan beskerm (sien hieroor oa Van der Walt "Nog eens *Naidoo v Moodley* – 'n repliek" 1984 *THRHR* 429–439; 1987 *THRHR* 139–152; 1988 *THRHR* 276–296 508–514).

Die derde kategorie gevalle waarin die besitsaksie volgens De Vos ingedeel word, naamlik die gevalle waarin die eis van 'n *bona fide possessor* teenoor 'n verweerder met 'n swakker reg gehandhaaf sal word, bevredig ook nie. Op grond van die vereistes van die remedie sal hierdie kategorie beperk wees tot die gevalle waarin 'n eiser sonder 'n regserkende reg op die saak dit van 'n verweerder terugeis nadat die verweerder die saak deur middel van onregmatige spolie bekom het. As gevolg van die praktyksgebruik sal die bewyslas dan op die beweerder rus om sy sterker reg op die saak te bewys, en indien hy dit nie kan doen nie sal die eiser (wat per slot van rekening ook geen erkende reg het nie)

as 't ware by verstek met die aksie slaag. Dit is waar dat die relatiewe werking van hierdie proses nogal aan die Romeinse *actio Publiciana* herinner, maar die *actio Publiciana* het in die Romeinse reg 'n heel ander funksie vervul, naamlik om tydelike beskerming te verleen aan 'n regmatige beheer wat vanweë vormgebreke nog nie formeel as eiendomsreg kwalifiseer nie (sien Van der Walt (1986) 38–43). Om dit dus sonder meer met die beskerming van die moderne besitsaksie gelyk te stel, is onbevredigend, veral as in ag geneem word dat die regsposisie van 'n *bona fide possessor* vandag op belangrike punte van die Romeinse reg verskil. (In die Romeinse reg was 'n *bona fide possessor* hoofsaaklik iemand wat die saak regmatig beheer het met die bedoeling van 'n eienaar, terwyl hy weens 'n vormgebrek nog nie formeel as eienaar erken is nie. In die moderne reg sal 'n *bona fide possessor* minstens in bepaalde gevalle iemand wees wat die saak onregmatig as eienaar beheer op grond van die foutiewe aanname dat hy die eienaar is.)

Hierdie uiteensetting skep die indruk dat dit regspolities wenslik is dat die besitsaksie nie as 'n kombinasie van verrykingseise en hedendaagse *actio Publiciana* gesien moet word nie, maar eerder as 'n eiesoortige remedie wat in sekere omstandighede aan nie-eienaars beskerming verleen soortgelyk aan die beskerming wat die eienaar deur middel van ander remedies geniet. Dit bring die verband tussen die besitsaksie en soortgelyke remedies vir die beskerming van eiendomsreg (soos die *condictio furtiva*) opnuut na vore.

5 Gevolgtrekking

'n Siening waarvolgens die besitsaksie beskou word as 'n tipies sakeregtelike remedie, gekoppel aan 'n besondere vorm van skuldlose deliktuele aanspreeklikheid is regsteoreties bevredigend omdat dit bepaalde parallelle met die beskerming van eiendomsreg beklemtoon. Terwyl enige vergelyking tussen die beskerming van eiendomsreg enersyds en die werking van die mandament van spolie (sogenaamde "besitsbeskerming" in die tegniese sin) andersyds teoreties riskant is – omdat eersgenoemde op die meriete van die beskermde regsverhouding berus en laasgenoemde nie – is sodanige vergelyking in die geval van die besitsaksie juis aanvaarbaar omdat die besitsaksie die betrokke regsverhouding ook op meriete beskerm. Verskillende ooreenkomste en parallelle wat in hierdie konteks insiggewend is, lyk soos volg:

(a) Met betrekking tot onroerende goed bied die besitsaksie, in die vorm van 'n uitsettingsbevel soos dit in die howe aangewend word, aan nie-eienaars dieselfde beskerming as wat eienaars met die *rei vindicatio* geniet. In albei gevalle word die teruggawe van onroerende goed in die vorm van 'n uitsettingsbevel gevra; en in albei gevalle word bewys van daadwerklike vooraf beheer vereis alvorens die bevel verleen word.

(b) Daarteenoor bied die besitsaksie aan nie-eienaars die beskerming wat die eienaar met die *condictio furtiva* geniet in gevalle waar 'n roerende saak as gevolg van verlies of diefstal nie teruggegee kan word nie. Juis in hierdie konteks lyk dit wenslik om die alternatiewe eis, wat in albei gevalle voorkom wanneer die saak nie teruggegee kan word nie, op dieselfde wyse te hanteer. Dit impliseer dat hierdie alternatiewe eis in albei gevalle, op grond van die beginsel dat die dief altyd *in mora* is, as 'n skuldlose deliktuele eis vir die betaling van die geldwaarde van die saak gesien moet word. Terselfdertyd beteken dit ook dat

die besitsaksie nie as 'n verrykingseis nie, maar as 'n eiesoortige deliktuele eis gegrond op skuldlose aanspreeklikheid beskou moet word. Die reeds uitgekristalliseerde beginsels ten aansien van die *condictio furtiva* kan gevolglik *mutatis mutandis* op die besitsaksie toegepas word sover dit die alternatiewe eis vir die geldwaarde van die saak betref.

AJ VAN DER WALT
Universiteit van Suid-Afrika

ADMINISTRATIVE STRUCTURES FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

1 Introduction

It is a great honour for me to address the Conference of Lawyers for Human Rights here in South Africa.* I have been impressed by your many activities which were brought to my attention through your annual report and the *South African Journal on Human Rights.*

It is not an easy matter for somebody who comes from a Western European country to give advice in a context which is so different from the one you are faced with. Nevertheless I shall try to develop some thoughts on structures for the protection of human rights which may be of some use for your discussion.

Let me start out by making a very general proposition. Lawyers in a country which has no formal Bill of Rights and is very much influenced by English legal thinking, will experience difficulty in finding a possible point of departure for a legal argument concerning human rights. It may well be that at an early stage the argument will be called a political one. It is my proposition that international law has developed sufficiently to introduce the elementary human rights as fundamental principles of law in any legal system. The International Court of Justice expressed the state of the law more than fifteen years ago as protecting the basic rights of the human person, and by that norm created obligations *erga omnes*, that is *vis-à-vis* the community of the states, for every member of that community (*ICJ Reports* (1970) 32 – Barcelona Traction). This means that fundamental principles protecting the rights of the individual should be recognised by any court of law which is willing to respect the obligations of its country under public international law.

I am of course fully aware of the problems existing where a judge may feel that there could be a conflict between the international legal rule and the statute or law which is to be applied in the municipal sphere. International law, as it now stands, clearly lacks any rule to decide that conflict in a national court. On the international level, international law always prevails. But the lack of a specific rule for the conflict as far as international law is concerned, does not mean that

* Address delivered during January 1989 in Stellenbosch.

the national judge should immediately prefer the national statute or law. Rather, he should look into the possibility of interpreting the national law in harmony with the international obligations. Such a rule of interpretation has been developed by courts in many countries (see the national reports in Jacobs and Roberts *The effect of treaties in domestic law* (1987)). I take it that South African courts have also done so, as is shown for instance in cases where the relevance of humanitarian rules is discussed; I refer to the case of *S v Petane* 1988 3 SA 51 (C).

The International Court of Justice in the *Nicaragua* case (*ICJ Reports* (1986) 113 *et seq* – Military and Paramilitary Activities) has confirmed that the common article 3 of the Geneva Red Cross Conventions forms part of the fundamental principles of law to be applied under any circumstances. It should not be seen as a far-fetched argument to draw the conclusion from this case that the protection of human rights which one finds in the common article 3 may be applied in any national context. The prohibition of torture expressly provided for by article 3 cannot be limited to internal conflicts reaching the level of the applicability of humanitarian rules. It is generally considered to be a rule of the *jus cogens* in present-day international law (see Frowein "Jus cogens" in Bernhardt (ed) 1984 (7) *Encyclopedia of Public International Law* 327 *et seq*).

Let me add a few words concerning the different categories of human and fundamental rights. As Professor Ackermann has so convincingly explained, economic and social rights are certainly not of lesser importance than what we normally call civil and political rights. This has been recognised by the adoption of the two Covenants in the United Nations.

However, there is certainly one important distinction to be drawn between the two categories. While courts cannot protect the right to food, to clothing or to appropriate lodging, they can protect the right to life, liberty and freedom from torture. Judges have no power to decide about the correct distribution of the state revenue between the different needs existing in the community. However, they can always protect the individual against direct state interference by deprivation of liberty, life or personal integrity. Of course, this unfortunately does not mean that they can always prevent such acts from happening. What they can do, is to impose sanctions and recognise remedies on the basis of normal judicial techniques.

I submit that it is important to keep the distinction between the two categories of human rights clear. Otherwise the danger may exist that courts become more reluctant to enforce the human rights which they can protect because they realise that economic and social rights are mostly beyond their competence.

I would also like to add that the discussion concerning what exactly is a human right should not deter us from accepting what is generally accepted. Although there are many areas where doubts exist, nobody would deny today that arbitrary killing, arbitrary deprivation of liberty and torture are violations of human rights which are generally recognised by the international community.

2 Formalised structures

2 1 Administrative controls

Internal administrative controls can be of great importance to protect human rights. In particular, where the administrative organs deciding a specific case are aware of a reproach by superiors if they neglect the fundamental rights of the

individual, this will clearly have a preventive effect. Under German administrative law one can always appeal against an administrative decision to the authority which has the duty to supervise the first authority (*Widerspruch*). One must admit that this system depends heavily upon the general attitude of the administration.

2 2 Special measures in the case of detention

There is always a likelihood that human rights may be encroached upon where people are held in detention. Some of the articles in your journal and other reports have shown that this is a difficult problem in South Africa. The experience gathered by the European Commission of Human Rights in some of the interstate cases shows that there are mainly two administrative remedies which can at least reduce the likelihood of violations considerably.

These are regular medical examinations and immediate access of a lawyer to the detained person. The British authorities introduced regular medical examinations in Northern Ireland after the first allegations of ill-treatment. In fact, as you may know, several of these allegations were found to be justified by the European Commission and the European Court of Human Rights (*Ireland v UK* ECHR 25 (1978)). When I had to visit Turkey in the *Turkish Interstate* case as the head of a delegation of the commission, I argued with the Turkish authorities that they should introduce medical examinations as a regular rule. (The decision on admissibility of this application brought by France, Norway, Denmark, Sweden and the Netherlands against Turkey is to be found in European Commission of Human Rights Decisions and Reports (DR) 35 (1984) 143 *et seq*; the case was settled amicably (see 1986 (46) *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 75 *et seq*).)

What is probably even more important, is the possibility that a lawyer should have access to the detained person from the very beginning of the detention. I am personally convinced that this is a measure of extreme usefulness if one really wants to combat police brutality. However, I am sorry to say that this is a rule which is not yet generally accepted in Western European countries. I regret to state here that the European Commission of Human Rights has rejected a case against France which concerned access to a lawyer during the first four days of detention (*Egue v France* 1988-09-05).

It seems that only a few European countries practise the rule as formally laid down in the German Code on Criminal Procedure according to which a lawyer may already be present at the first police interrogation.

2 3 Judicial control of administrative action

The rule of law should be interpreted as requiring judicial control of administrative action without exception. But again this is not yet the general rule, not even in Western Europe. Judicial control is always limited to lawfulness but it depends very much on the attitude and courage of the judges on how to interpret lawfulness. Especially where fundamental principles of law and the rule of proportionality form part of the legal system, courts may restrict the power of the executive even under very broad statutory rules. The rule of proportionality, which is a very important check on the executive concerning interference with individual rights, has been developed in many legal systems without any express

recognition in a written rule. In Germany it was first developed by the Preussisches Oberverwaltungsgericht before 1918 in a still rather authoritarian legal system. (For good examples of early cases see Jellinek *Verwaltungsrecht* (1931) 439 *et seq.*)

As far as the protection of human rights is concerned, courts should be willing to use the international legal rules to which I made reference earlier. It may be of some interest to you in that context that the European Court of Justice, the judicial organ of the European communities, has developed a rather elaborate case law on the protection of individual rights within the community even though no bill of rights exists there. The court made reference to the common principles recognised in the member states as well as to the European Convention on Human Rights, although this Convention is not formally binding on the communities (see Weiler "Protection of fundamental human rights within the legal order of the European Communities" in Bernhardt and Jolowicz (eds) *International enforcement of human rights* (1987) 113 *et seq*).

It is not easy to judge to what extent judicial scrutiny of administrative action can directly influence the behaviour of the police. A court decision will always come rather late after the event. The danger may exist that the administrative hierarchy will in fact protect the system against the influence of the courts. In the *Northern Irish* case one could gain the impression that the police force of the RUC was in fact not willing to be influenced by court decisions.

The European Commission of Human Rights declared in a case concerning Northern Ireland that compensation cannot be deemed to have rectified a violation in a situation where the state had not taken reasonable measures to comply with its obligations under article 3. According to the commission the obligation to provide a remedy does not constitute a substitute for or alternative to those obligations, but rather an obligation to provide redress within the domestic system for violations which may, inevitably, occur despite measures taken to ensure compliance with the substantive provisions of article 3. The commission stated (DR 4 (1976) 78):

> "Thus, if conduct which contravened art. 3 were to be authorised by domestic law, even if the law also provided for the payment of compensation to the victims of such conduct, such compensation would not constitute a remedy which could be deemed to rectify the violation of art. 3."

The commission was faced here with something which may also be of relevance in South Africa. Judicial control of police action is meaningful only where the whole administrative structure requires the police to pay attention to the attitude of the courts.

It is certainly of great importance whether a legal system also provides for judicial review of statutes. Only where courts, such as the United States Supreme Court or the Federal Constitutional Court in my country, have the power to strike down statutes because they are in violation of human rights can the individual really be certain that his fundamental rights will always be protected. This creates a general orientation of the legal system which is clearly in favour of upholding individual rights.

2 4 The ombudsman

A rather important development in the last twenty years has been the introduction of the Scandinavian system of ombudsman into many European legal orders. The great advantage of the obudsman is that he is not part of the normal

administration. He therefore has the same independence *vis-à-vis* the administration as a court. However, he can act much more flexibly, less formally and sometimes with great efficiency. It seems that the ombudsman can be a very good institution where one deals with complaints of people who may not have a good legal claim but nevertheless have grounds to be dissatisfied with the administration. (See eg the documents of the Round Table with European Ombudsmen organised by the Council of Europe, 1988-06-27–28.)

In the Federal Republic of Germany the institution of ombudsman has not gained much ground. Except for the specific parliamentary commissioner for the armed forces, only the Land of Rheinland-Pfalz has a general ombudsman. His report seems to confirm the view that the institution can be useful where you give people the chance to talk. Even in a country with a low degree of illiteracy, such as Germany, one finds many people who are not really willing to use a formal procedure.

2 5 Control by parliamentary committees

In Germany there is an old tradition that everybody can bring a complaint to the representation of the people on the federal level, the land level or in the local community. This method is used to a considerable extent. The Land Diet of North Rhine-Westfalia received 24 000 petitions between 1975 and 1980, which means almost 5 000 per year. In the 1970s the rules concerning petitions were changed for the Federal Diet and most of the Länder. The system now applied in the Federal Diet and in most of the Länder is the following (see Friesenhahn "Zur neueren Entwicklung des Petitionsrechts in der Bundesrepublik Deutschland" in *Recht als Prozeß und Gefüge, Festschrift für Hans Huber* (1981) 353 *et seq*): The Petition Committee may ask the government and all administrative authorities to hand over their files, to give specific information and to grant access to their offices. An exception exists for secret matters. In such a case a decision must be signed by the appropriate minister with reasons given. The Committee for Petitions may hear the applicant, witnesses and experts. Courts, as well as other authorities, must give the Petition Committee assistance where necessary.

The committee cannot finally decide a matter. However, it may, where it feels that the applicant has some justified grievance, refer the matter to the government for appropriate action. It seems that this functions rather well in cases where the committee comes to the conclusion that a problem exists.

The procedure used by the Petition Committees is a rather flexible one. Statistics show that where the committee in fact refers the matter to the government for action ("zur Berücksichtigung"), the government will in almost all cases see to it that something is done in favour of the applicant. The reports of the Petition Committees are a source of information for parliament as a whole. (There are frequently discussions in parliament on these reports.)

In preparing this report I have looked through several reports of Petition Committees. It is interesting to see that their impact may well go beyond what administrative or constitutional courts are willing to rectify. According to the report of the Baden-Württemberg Petition Committee they were able to solve several cases where families of foreigners were going to be separated because of the expulsion of one member of the family. In those cases the courts could not find a reason to declare the expulsion unlawful, but the Petition Committee

intervened and settled the matter. The report also shows that in Baden-Württemberg an agreement exists between the committee and the government that the latter will not proceed with a matter where the committee asks it to suspend the procedure while it is reviewing the merits (see Protocol Landtag von Baden-Württemberg – 9 Wahlperiode – 86 Sitzung – Donnerstag 1988-02-04 7215).

3 Remedies under the European Convention on Human Rights

It is of interest that the European Commission and the European Court of Human Rights have been faced with rather difficult issues concerning the sort of remedies required by article 13 of the Convention.

Article 13 states as follows:

> "Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity."

In the early days, commission and court seemed to interpret this provision as applying only to cases where a violation had already been found to have occurred. This meant of course that the preventive value of the article disappeared completely.

In the case of *Klass and the Federal Republic of Germany* my colleague Trechsel and I dissented from the majority of the commission and argued that article 13 can make sense only where it is interpreted so as to provide for a remedy with which one can allege a violation of the Convention and force the authority concerned to give a decision on that issue (ECHR Series B 26 46 *et seq*).

The court agreed and stated (ECHR 28 (1978) 29):

> "This provision, read literally, seems to say that a person is entitled to a national remedy only if a 'violation' has occurred. However, a person cannot establish a 'violation' before a national authority unless he is first able to lodge with such an authority a complaint to that effect. Consequently, as the minority in the Commission stated, it cannot be a prerequisite for the application of Article 13 that the Convention be in fact violated. In the Court's view, Article 13 requires that where an individual considers himself to have been prejudiced by a measure allegedy in breach of the Convention, he should have a remedy before a national authority in order both to have his claim decided and, if appropriate, to obtain redress."

After this interpretation was established new difficulties arose. What should one do where the allegation that a violation of the Convention had occurred, was really without any foundation? This problem does not exist in countries where one always has a remedy available against the administration. Where one can approach an administrative court against any administrative act, as in the Federal Republic of Germany, there is no difficulty. However, in Britain or Sweden for instance, where only limited judicial review of administrative acts exists, this raises difficulties. In the case of *Silver v the United Kingdom* (ECHR 61 (1983)) the court developed the notion of an "arguable claim". To bring article 13 into operation, there must at least be an arguable claim under the Convention. There were two recent cases which discussed this matter further. One concerned a very interesting Austrian case of platform "Ärzte für das Leben" (ECHR 139 (1988)); the other is the case of Boyle and Rice (ECHR 131 (1988)).

The Austrian constitutional court had declared a constitutional complaint inadmissible by which somebody wanted to find out whether the protection

given by the police to the assembly organised by him against the attack by another group of protesters was sufficient under article 11 of the Convention. The commission was of the opinion that this was a typical case where a remedy under article 13 must exist because there were difficult questions as to the positive obligations flowing from fundamental rights. The question was mainly to what extent one can deduce a positive obligation for the police from article 11 which guarantees freedom of assembly. The court, unfortunately, argued at length that no arguable claim existed. It thereby restricted the scope of article 13 considerably. It may not be justified to say that the principle established by article 13 is already established as a general principle of international law, but one may nevertheless have regard to the practice developed for that article.

4 Structures of the legal rules applicable

Although it may seem somewhat beyond the topic which was assigned to me, I would like to express a few thoughts on the problem of how far the structure of legal norms may be conducive to the protection of human rights or not.

From reading some reports on cases decided in South Africa or legislation adopted, I would like to put to you a comparison between the British and the continental European tradition on some aspects of public law concerning the protection of the individual. I shall use two examples: the use of force by police or the army when arresting people, and the personal conviction of an officer when taking a decision.

4 1 The use of force for an arrest

Let me briefly inform you about the case of *Farrel v The United Kingdom* which was declared admissible by the European Commission of Human Rights (on 1982-12-11) and settled by a friendly settlement (adopted on 1984-10-10) with the United Kingdom paying £37 000 to the applicant, the widow of a man killed by British soldiers in Northern Ireland (Admissibility Decision DR 30 (1983) 96; Friendly Settlement DR 38 (1984) 44).

On the night of 23 October 1971 the applicant's husband and two other men were shot and killed by a patrol of four British soldiers. The applicant's husband and the two others were attempting to rob two people who were leaving money in a night safe of the provincial bank. The four soldiers were stationed on the roof of a two-story building overlooking the street and they had an uninterrupted view of the bank and the street. They expected a terrorist attack on the bank. From their position on the roof the patrol could not be seen from the street. The soldiers saw three men cross the road to the bank and there was a scuffle with two men already there. One soldier called "Halt". The three men stopped what they were doing and looked up and down the street. One of them shouted "run" and the three men took to their heels. One soldier cocked his rifle and shouted "Halt, I am ready to fire". The men did not stop and the soldiers fired to kill. All three men were killed at a distance of about 30 to 35 metres from the roof. In fact, they had been running in the direction of the soldiers. The commission stated in its admissibility decision that the interpretation of article 2 of the Convention as to the use of force which was no more than absolutely necessary in order to effect a lawful arrest was at issue. The British government argued that article 2 of the Convention permits the use of force to kill in order to effect a lawful arrest. One wonders how such a construction could be justified.

Does it not seem self-evident that article 2 paragraph 2 of the European Convention on Human Rights, in terms of which deprivation of life is not in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary in order to effect a lawful arrest, must mean that the use of force must always be aimed at arresting the person alive? In other words, the provision must be construed as meaning that the death can only be the accidental consequence of the shooting which becomes necessary to arrest the person concerned. How can a government argue that "shooting to kill" could be covered by that rule?

There is another equally telling case in that context. A young boy was killed in Northern Ireland by plastic baton-rounds fired by the army. The commission rejected the application because it found the use of force necessary to quell the riot – the soldiers had been attacked by a group of 150 people throwing stones etcetera (DR 39 (1984) 162).

What interests me in our context is the submission of the United Kingdom government according to which article 2 only concerns the intentional deprivation of life and does not apply to either accidents or negligent behaviour. The commission answered this submission as follows (DR 39 (1984) 170):

> "The Commission considers that the above interpretation, which views the sphere of protection afforded by art. 2 as going beyond the intentional deprivation of life, flows from the wording and structure of art. 2. In particular, the exceptions enumerated in para. 2 indicate that this provision is not concerned exclusively with intentional killing. Any other interpretation would hardly be consistent with the object and purpose of the Convention or with a strict interpretation of the general obligation to protect the right to life. In the Commission's opinion the text of art. 2, read as a whole, indicates that para. 2 does not primarily define situations where it is permitted intentionally to kill an individual, but defines the situations where it is permissible to 'use force' which may result, as the unintended outcome of the use of force, in the deprivation of life. The use of force – which thus resulted in a deprivation of life – must be shown to have been 'absolutely necessary' for one of the purposes in subpara. a, b, or c and, therefore, justified in spite of the risks it entailed for human lives."

It is clear that only this reading of article 2 paragraph 2 does justice to the object and purpose of that provision. I find it somehow disturbing that a government known for its tradition of protecting civil liberties could really advance an argument to the contrary. If one were to accept the British argument, police could use deadly force in a negligent way without ever falling foul of that article.

Of course, I do not wish to imply that British law in general is less willing to protect the life of the citizen. However, I find it interesting that the police statutes in the Federal Republic of Germany, for instance, always state expressly that firearms may be used against persons only with the aim to prevent an attack or escape. This is a general rule for the use of force by police. It does not exclude intentional killing where that is the only means to end an ongoing attack, for instance the taking of hostages. But this is a rare exception. Indeed, some lawyers argue that there should be a special rule in the police statutes (which is found in some German Länder) before police may shoot to kill.

4 2 The subjective state of mind of the officer

It is a peculiar phenomenon of English law that the subjective state of mind of an officer is frequently made a precondition of lawful administrative action. This is unknown in the German system and I believe it is not known in any continental European country.

I think it is a very dangerous rule. Although courts may still try to use the reasonable officer as their picture of what a state of mind should have been, meaningful judicial control is certainly much easier where the standard is that of objective reasonableness. The rule of proportionality which has been an important restriction on police power since the early case law of the "Preussisches Oberstes Verwaltungsgericht" can only be applied in an objective manner (see Jellinek *op cit* 439 *et seq*). It cannot depend upon the specific subjective state of mind of an official concerned.

Again it may be difficult to prove that the English tradition of referring to the official's state of mind gives less protection to the citizen. However, under the conditions prevailing in South Africa, I wonder whether this system may not contribute to a weakness of protection. Perhaps the courts could try to reinterpret these provisions in a more objective way. Indeed, it seems to me that some tendencies in that direction can already be found.

5 Informal structures

Public opinion and the press may in fact be the most important elements in any free system for maintaining a climate in which police brutality will not be tolerated and will be effectively sanctioned where it occurs. It is alarming if a system tries to curtail the press in its reports on police behaviour etcetera.

A non-governmental commission of human rights comprising members of high standing could provide society with a specific alarm system of great importance under the conditions in South Africa. I suppose some of the Latin-American commissions of human rights could be the best examples of the activities of such an organ. Where its reports would be regarded by many sections of the general public as objective and credible documents on the situation, it would well influence the overall situation. The government would probably not be able to treat them as completely irrelevant.

International contacts could help such a commission considerably. I am sure that many links already exist. I regret to say that the European Commission of Human Rights, because of its judicial structure, cannot take up any formal contacts with private organisations. However, the Council of Europe and its Directorate of Human Rights would certainly be most willing to provide the commission with information on the working of the European Convention system.

Although this may only be of limited interest for direct use, I am convinced that the standards applied by the European Commission and European Court of Human Rights may influence even South African judges if they are properly put before them. As I tried to outline in my speech in Cape Town, the case law which has developed on deprivation of liberty, fair trial and conditions of detention could well be used in the South African context as well.

As I stated at the outset, South African courts may have to play a crucial role in the years to come. Should they be willing to use the possibilities, I think they have all the sources available to improve the protection of human rights in this country.

6 Concluding remarks

Let me end by saying that it is with a feeling of great admiration that I took note of the many activities of your and other organisations to uphold standards of human rights in the South African context. Let me assure you that you have

many friends in Europe as in other parts of the world. If we can be of any use to you, please let us know.

JOCHEN A FROWEIN

Director, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law; Professor, University of Heidelberg; Vice-President, European Commission of Human Rights

ENKELE OPMERKINGS OMTRENT DIE MISDAAD *CRIMEN LAESAE MAJESTATIS*

1 Die beslissing in *S v Zwane*

Die beslissing in *S v Zwane* 1989 3 SA 252 (W) werp nuwe lig op die twee belangrikste gemeenregtelike misdade teen die staat, naamlik hoogverraad en sedisie. Die interessante feite van die saak was kortliks die volgende: Die agt beskuldigdes is aangekla van hoogverraad. Die eerste alternatiewe klag was sedisie en die tweede subversie ter oortreding van artikel 54(2) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982. Die handelinge wat die beskuldigdes ten laste gelê is, hou verband met onlusgebeure in die swart woonbuurt Alexandra naby Johannesburg gedurende 1986. Die beskuldigdes was lede van 'n organisasie bekend as die Alexandra Youth Congress. Volgens die staat se bewerings was hierdie organisasie verantwoordelik vir talle onlusverwante voorvalle wat in 1986 in Alexandra plaasgevind het.

Vir doeleindes van hierdie bespreking is dit onnodig om al die feite wat in die uitspraak van 65 bladsye uiteengesit is, in oënskou te neem. Dit is voldoende om die aandag te vestig op die volgende bewese handelinge van die beskuldigdes: Hulle het 'n sogenaamde "misdaadbekampingsveldtog" ("anti-crime campaign") geloods deur by die plekke op te daag waar die inwoners van Alexandra saamgekom het om te drink, die aanwesiges te deursoek en die messe en wapens wat hulle op hierdie manier gevind het, sonder die besitters se toestemming van hulle af te neem. In die loop van hierdie veldtog het hulle mense wat nie met hulle wou saamwerk nie, sonder wettige magtiging in hegtenis geneem. Indien hulle jongmense gevind het wat drink, is hulle lyfstraf toegedien. Lyfstraf is aan sowel mans as vrouens toegedien. Deur dade soos hierdie te verrig, het hulle hul die bevoegdhede van die polisie, aanklaers en landdroste aangematig (298D–299B).

Verder het die beskuldigdes hulle eie "volkshowe" ("people's courts") gestig en bedryf. Hulle het die inwoners van Alexandra aanbeveel om nie met hulle "sake" en "probleme" na die Suid-Afrikaanse polisie te gaan nie, maar om dit by hulle organisasie aanhangig te maak. Weens intimidasie het van die inwoners gedoen wat die beskuldigdes hulle beveel het. Die "volkshowe" is bedryf deur jeugdiges aan wie "sake" gerapporteer is of wat uit eie inisiatief "sake" ondersoek het. Hulle het mense aangesê om voor die "hof" te verskyn, of "comrades" gestuur om hulle voor die "hof" te bring. Waar nodig het die

"comrades" ook getuies gedwing om na die "hof" te gaan. Die vermeende oortreders is summier verhoor. Die "comrades", waaronder die beskuldigdes, het dan tot 'n besluit geraak en 'n bevel gegee. Soms is beveel dat iemand 'n geldsom aan 'n ander moes betaal, maar meestal is lyfstraf opgelê en summier met 'n sambok toegedien. As die "comrades" gedink het dat iemand nie die waarheid gepraat het nie, is lyfstraf eweneens summier op hom toegedien.

Daar was geen formele reëls rakende die prosedure in die sogenaamde "hof" nie. Vermeende misdadigers het geen regte gehad nie. Uit die uitspraak kan afgelei word dat die "prosedure" (as 'n mens dit so kan noem) wat die "hof" gevolg het, inkwisitories van aard was. Daar was ook 'n houer met petrol by die "hof". Ofskoon daar geen getuienis was dat mense daarmee aan die brand gesteek is nie, was dit duidelik dat die petrol aangehou is om mense mee te dreig. Een getuie het getuig dat van die "comrades" petrol oor hom gegooi het en hom selfs gedwing het om daarvan te drink, ofskoon hy nie aan die brand gesteek is nie. Die hof het bevind dat die inwoners van die gebied gedwing is om hulle dispute aan hierdie "hof" voor te lê. Die hof het ook verklaar dat

> "(i)t is really an insult to the people of Alexandra and to the courts of law in general to call such a distorted structure a people's court. The defence concedes that people's court is really a misnomer" (316E).

Van groot belang vir doeleindes van hierdie aantekening is voorts die hof se bevinding dat "the accused arrogated to themselves certain functions of the police and of the judicial authority of the State" (317D).

Die hof het al die beskuldigdes onskuldig bevind op die hoofklag van hoogverraad. Die hof het nie die staat se betoog aanvaar dat die "misdaadbekampingsveldtog" en die beskuldigdes se deelname aan "volkshowe" ter vervanging van die normale regsprosedures handelinge was wat die omverwerping van die staat of regering ten doel gehad het, of wat daarop gemik was om die staat of regering onder dwang te plaas of om sy veiligheid aan te tas nie (317H). Ofskoon daar 'n "grand design" onder sekere groepe in Alexandra was om die staat omver te werp of onder dwang te stel, is daar nie bewys dat die beskuldigdes met hierdie groepe of instansies saamgesweer het nie (317I).

Al die beskuldigdes is egter skuldig bevind aan sedisie. Die "misdaadbekampingsveldtog" wat hulle op eie inisiatief gevoer het, het neergekom op sedisie want dit was wederregtelike samekomste van 'n aantal mense waardeur die staat se gesag opsetlik uitgedaag en aangetas is. Hulle het hulself die bevoegdhede van die polisie aangematig (298–299). Hulle stigting van en deelname aan die "volkshowe" het om dieselfde rede ook neergekom op sedisie; nie alleen het hulle hul deur hierdie aktiwiteit die bevoegdhede van polisiebeamptes aangematig nie, maar hulle het nog verder gegaan en hul selfs die bevoegdhede van aanklaers en regsprekers aangematig (317).

Daar kan na my mening nie fout gevind word met die hof se slotsom nie. Die doel van hierdie aantekening is om die aandag te vestig op 'n sekere aspek van die feite van hierdie saak en die aanklagte wat daaruit voortgespruit het, en meer bepaald op 'n sekere minder bekende misdaad wat die beskuldigdes dalk kon gepleeg het, asook die insiggewende feit dat hulle *nie* van hierdie misdaad aangekla is nie. Die misdaad waarvan hier gepraat word is *crimen laesae majestatis.*

2 Inhoud van *crimen laesae majestatis*

Daar bestaan onsekerheid in ons reg of die ou gemeenregtelike misdaad *crimen laesae majestatis* nog bestaan. Samehangend hiermee is daar onsekerheid oor wat presies die inhoud van hierdie misdaad is. In die bespreking wat volg, word die soeklig kortliks geplaas op die inhoud van hierdie misdaad en sy verband tot die ander gemeenregtelike misdade teen die staat; daar sal ook standpunt ingeneem word oor die moeilike vraag of hierdie misdaad nog in ons reg bestaan. Uit die bespreking sal dit duidelik blyk dat die beskuldigdes in die *Zwane*-saak se gedrag 'n goeie voorbeeld is van die taamlik seldsame soort gedrag wat beantwoord aan die omskrywing van hierdie misdaad.

Die uitdrukking *crimen laesae majestatis* het 'n wye en 'n eng betekenis; dit is baie belangrik om sorgvuldig tussen die twee betekenisse te onderskei. In sy wye betekenis is die uitdrukking die versamelnaam van al die gemeenregtelike misdade wat teen die *majestas* of hoogste gesag van die staat gepleeg word. Wanneer gepraat word van *crimen laesae majestatis* as *genus* word verwys na die wye uitdrukking van die woord. Die *genus* omvat volgens die gemeenregtelike bronne minstens die volgende besondere misdade (of *species*): hoogverraad, sedisie en *crimen laesae venerationis*. Hoogverraad (*perduellio*) is gemik teen die bestaan, onafhanklikheid of veiligheid van die staat, en vir doeleindes van hierdie misdaad word die wettige regering vereenselwig met die staat. Die dader moet trou aan die staat verskuldig wees en moet met *animus hostilis* optree, dit wil sê die opset om die staat of regering omver te werp, of om sy onafhanklikheid of veiligheid aan te tas, in gevaar of onder dwang te stel. Die aanvalsobjek is in hoofsaak die *bestaan* van die staat. Sedisie daarenteen is gemik teen die staat se *gesag* en word gepleeg as 'n aantal mense gesamentlik optree om die staat se gesag uit te daag, te weerstaan of aan te tas. Dat daar 'n sekere mate van oorvleueling tussen hoogverraad en sedisie bestaan, val nie te betwyfel nie. *Crimen laesae venerationis* is nie teen die staat se bestaan of sy gesag gemik nie, maar teen die waardigheid of eer van die staat of staatshoof. Terwyl daar geen twyfel is nie dat hoogverraad en sedisie misdade is wat vandag nog in ons reg bestaan, kan byna met sekerheid aanvaar word dat die misdaad *crimen laesae venerationis* tans nie meer in ons reg bestaan nie. (Sien omtrent die beskrywing van hierdie misdade tans in ons reg Hunt *South African criminal law and procedure Vol II Common-law crimes* (1982) deur Milton 1–65; 6 *LAWSA* par 164–179; Snyman *Strafreg* (1986) 339–352.)

Onttrek 'n mens hoogverraad, sedisie en *crimen laesae venerationis* uit die *genus*, is die *genus* nog nie uitgeput nie. Die gemeenregtelike bronne noem 'n hele aantal handelinge wat nie hoogverraad, sedisie of *crimen laesae venerationis* is nie, maar wat nogtans genoem word as voorbeelde van die pleging van *crimen laesae majestatis*. Na hierdie handelinge word verwys na *crimen laesae majestatis* as *species*. Daar word vervolgens gelet op die aard van die handelinge by hierdie *species* en die aard van die misdaad self. Daar moet benadruk word dat die bespreking wat volg, gewy word aan *crimen laesae majestatis* as *species* en nie aan *crimen laesae majestatis* as *genus* nie. Alle verwysings hierna na *crimen laesae majestatis* is gevolglik na die *species*-misdaad.

Wat die algemene beskrywing van hierdie *species* betref, verwys Moorman *Verhandelinge over de misdaden* 1 3 1 daarna as "Schennis van het publicq Gezach van's Lands Oppermacht", terwyl Kerşteman *Aanhangsel tot het hollandsch rechtsgeleert woordenboek* 903 praat van

"het turbeeren van het publicq gezag of magt; daar iemand door een reukelose daad, dog zonder vyandelike intentie, zig aanmatigd het geen de Majesteit alleen toekomd".

Voet 48 4 2 (Gane se vertaling) verklaar:

"The third head is made up of disturbance to the public authority or power, as when by some froward act, but without hostile intention a person transgresses on those things which belong to sovereignty."

Volgens Huber *Hedendaegse rechtsgeleertheyt* 6 15 10 word hierdie misdaad gepleeg

"soo dikwels yemand zich heeft aangematigt de oeffeninge ende het voordeel van eenig *Oppermachtsrecht*".

Van der Linden *Koopmans handboek* 2 4 3 se verwysing na die misdaad is enigsins afwykend: hy beskou die "misdaad van gekwetste Majesteit" as een wat, net soos hoogverraad, gepleeg word deur dade waardeur die *veiligheid* van die staat geskend of in gevaar gestel word, maar wat nie met 'n "vijandig" oogmerk gepleeg word nie. Hierdie mening, waarvolgens die aanvalsobjek nie die staatsgesag is nie, maar die staatsveiligheid, kan egter beswaarlik as verteenwoordigend van die meerderheid van Romeins-Hollandse skrywers aanvaar word. Verwysende na hierdie stelling, verklaar Hunt 59 dat

"no doubt . . . Van der Linden lacked a clear appreciation of the lines of demarcation between *perduellio*, *oproer* ['n ander naam vir sedisie] and the residual species of the genus".

Sommige voorbeelde in ons gemeenregtelike bronne van maniere waarop die onderhawige misdaad gepleeg kan word, kan slegs van toepassing wees op die destydse Romeinse samelewing, soos die gebruik van purper kleurstof vir kledingstukke deur iemand anders as die keiser (Voet 48 4 2; Moorman 1 5 13; Matthaeus *De criminibus* 48 2 2 22), en die ongemagtigde verlating deur 'n goewerneur van sy provinsie na 'n verblyf van slegs 50 dae (Voet *ibid*; Kersteman 903). Omdat hierdie handelinge nie vandag meer ter sake is nie, kan 'n mens hulle ignoreer. Sekere ander handelinge wat genoem word, soos muntvervalsing (Voet 48 4 2; Moorman 1 5 1–3; Matthaeus 48 2 2 22) en ongeoorloofde belastinginsameling (Huber 6 15 10) kan eweneens buite rekening gelaat word omdat sulke handelinge vandag bestraf word as ander misdade soos bedrog of die oortreding van sekere wette.

Indien die handelinge vermeld in die vorige paragraaf buite rekening gelaat word, bly daar steeds 'n aantal belangrike voorbeelde oor van maniere waarop hierdie misdaad volgens ons skrywers gepleeg kan word. Hierdie handelinge kan vandag nog van belang wees; hulle sluit die volgende in: waar iemand hom valslik voordoen as 'n ambassadeur of verteenwoordiger van 'n staat (Huber 6 15 10); of voorgee om 'n verdrag namens die staat te sluit terwyl hy geen magtiging daartoe het nie; of 'n militêre veldtog namens die staat voer sonder magtiging van die wettige staatsgesag (Moorman 1 3 17; Huber 6 15 10); of 'n private leër op die been bring of manskappe sonder toestemming van die owerheid opkommandeer vir so 'n private leërmag (Moorman 1 3 17); die ongemagtigde bestrawwing van oortreders (Moorman 1 5 4; Huber 6 15 10); die ongemagtigde begenadiging van oortreders (Moorman 1 5 9; Huber 6 15 10); of die aanhou van 'n private gevangenis (Moorman 1 5 5; Matthaeus 48 2 2 22; Voet 48 4 2).

Wat insiggewend van hierdie voorbeelde is, is dat hulle 'n gemeenskaplike karakter het: in elke geval matig die dader hom die bevoegdhede aan wat uitsluitlik die staat of staatshoof toekom. Daar is egter geen aanduiding dat hierdie

misdaad slegs gepleeg word as die dader die staatsbestaan wil omverwerp of sy veiligheid of onafhanklikheid wil aantas nie. Daar word dus nie vereis dat hy met 'n vyandige opset (*animus hostilis*) optree nie. Trouens, dit is goed denkbaar dat die dader se mikpunt met die pleeg van sommige van hierdie dade juis die teenoorgestelde kan wees, naamlik om die staat of die regering van die dag se hande te sterk. In plaas daarvan om dit aan die regering oor te laat om self die verdrae te sluit, die militêre kampanje te voer, die vermeende oortreders te verhoor, te straf of in 'n gevangenis aan te hou, doen hy dit sommer op eie houtjie. Die misdaad is dus 'n trap laer, minder ernstig as hoogverraad, want die aanmatiging of aantasting van die gesag van die staat of staatshoof beteken nie noodwendig dat die dader ook die regsgoed wat deur hoogverraad beskerm word (naamlik die staatsbestaan, -veiligheid of -onafhanklikheid) in gedrang wil bring nie.

Die misdaad *crimen laesae majestatis* het in enkele ouer sake die howe se aandag geniet. Na die mislukte Jameson-inval in die Transvaal in 1896 is die lede van die sogenaamde "Reform committee" in Johannesburg van hoogverraad aangekla. In sy uitspraak, gerapporteer as *S v Phillips* (1896) 3 OR 216, het regter Gregorowski al die beskuldigdes (behalwe vier) aan *crimen laesae majestatis* skuldig bevind nadat hulle aan hierdie misdaad skuldig gepleit het. Die hof se bevinding is gegrond op die veronderstelling dat hoogverraad slegs gepleeg kan word as daar 'n sameswering en samewerking met 'n buitelandse vyand was. 'n Mens kan egter nie veel afleidings uit hierdie uitspraak maak nie omdat die hof se mening dat die pleging van hoogverraad die bestaan van 'n buitelandse vyand veronderstel, beslis verkeerd is, soos later duidelik aangetoon is (sien *R v De Wet* 1915 OPD 157 167 170; *R v Erasmus* 1923 AD 73 80–82 88–89; *R v Leibbrandt* 1944 AD 253 279–280). In *S v Gibson* (1898) 15 CLJ 1 (O), *R v Gomas* 1936 CPD 225 en *R v Roux* 1936 AD 271 is die beskuldigdes wel van *crimen laesae majestatis* aangekla, maar nie aan die misdaad skuldig bevind nie. In hierdie sake het die beskuldigdes se handelinge slegs neergekom op belastering van die volksraad of staatshoof.

3 *Crimen laesae majestatis*: steeds 'n misdaad?

Die belangrike vraag wat vervolgens ontstaan, is of die misdaad *crimen laesae majestatis* vandag nog deel van ons reg is. Het die misdaad nie dalk deur onbruik verval nie? Die blote feit dat 'n regsreël vir 'n lang tyd nie toegepas is nie, beteken nie sonder meer dat dit deur onbruik verval het nie. 'n Mens kan slegs aanvaar dat 'n regsreël deur onbruik verval het indien dit nooit toegepas is nie *en daar omstandighede was wat 'n geleentheid vir die toepassing van die betrokke regsreël geskep het.* In *Green v Fitzgerald* 1914 AD 88 111 verklaar appèlregter Innes:

> "Disuse, due to the non-occurrence or the infrequent occurrence of events upon which the statute was intended to operate could not be allowed to affect its validity. Laws against slavery, for instance, might remain unused for long periods of time owing to the fact that cases of slavery were of the rarest occurrence; but they would retain their vigour unimpaired, and could be brought into operation when occasion required. In order to justify the abrogation of a law as being obsolete, its disuse for the necessary period must be shown to have existed in the face of circumstances calling for its enforcement; the desuetude must be such, in other words, as to establish that common consent to abrogation which is the basis of the doctrine both in the Roman and the Dutch law."

Ek is nie bewus van enige besondere omstandighede oor die afgelope ongeveer honderd jaar wat skuldigbevindings aan *crimen laesae majestatis* geverg het nie.

Die aantasting van die *majestas* van die staat was gewoonlik van so 'n aard dat dit gerieflik onder bekende hoofde soos hoogverraad en sedisie tuisgebring kon word. 'n Mens moet in gedagte hou dat die voorbeelde van handelinge wat op *crimen laesae majestatis* neerkom, betreklik buitengewoon is. Ons leef egter tans in 'n buitengewone era in ons land se geskiedenis. Politieke en maatskaplike toestande is besig om al hoe vloeibaarder te word, en hierdie proses sal in die toekoms na alle waarskynlikheid toeneem. Handelinge wat die afgelope stuk of vyftig jaar nooit plaasgevind het nie, mag wel in die tydsgewrig waarin ons ons bevind, plaasvind. Dit is bekend dat houdinge teenoor die staat, die regering en die staatshoof in sekere kringe baie meer uitdagend as in die verlede is. Kortkort word nuwe strategieë uitgedink om groepe se ontevredenheid met die regering van die dag uit te druk. Selfs sekere groepe wat ten gunste van die huidige politieke bedeling is, is geneig om van tyd tot tyd te praat van, of te dink aan, "ongewone planne van aksies" om die aanslag teen die huidige politieke bedeling in die land die hoof te bied. In die polities-onstuimige tye wat Suid-Afrika beleef en in die toekoms nog gaan beleef, is dit geensins meer vergesog nie dat iemand dalk kan besluit om byvoorbeeld sy eie private tronk aan te hou, of self vermeende oortreders te verhoor en te bestraf, of oortreders te begenadig wat deur die wettige organe van die staat gevonnis is, of 'n eie private "polisiemag" op die been te bring of selfs om op 'n klein skaal 'n militêre kampanje namens die staat te voer. Afgesien van hierdie handelinge, kan organisasies wat gekant is teen die regering besluit om hulle eie regering in ballingskap te vorm, en so 'n regering in ballingskap of individue namens so 'n regering kan besluit om verdrae namens Suid-Afrika te sluit, of om diplomate te stel. Al hierdie pasgemelde handelinge sou neerkom op die pleging van *crimen laesae majestatis.*

Na my mening bestaan daar wel nog so 'n misdaad soos *crimen laesae majestatis* in ons reg. Die betoog in die vorige paragraaf ondersteun juis hierdie standpunt. Handelinge soos dié wat pas beskryf is, wat gemik is teen die *majestas* of hoogste mag in die staat maar wat buite die toepassingsgebied van hoogverraad, sedisie of openbare geweld val, kan as pleging van hierdie misdaad bestraf word. *Crimen laesae majestatis* verskil van hoogverraad deurdat, anders as by hoogverraad, die dader nie met *animis hostilis* hoef op te tree nie en ook nie trou aan die staat verskuldig hoef te wees nie. Ofskoon sowel *crimen laesae majestatis* as sedisie teen die staatsgesag gemik is, is daar die volgende punt van verskil tussen hierdie twee misdade: sedisie kan slegs deur die gesamentlike optrede van 'n aantal mense gepleeg word, terwyl *crimen laesae majestatis* deur die individuele optrede van slegs een persoon gepleeg kan word. Dit is juis die rede waarom die staat die beskuldigdes in die *Zwane*-saak van sedisie kon aangekla het en die hof hulle aan hierdie misdaad skuldig kon bevind het. Indien die getuienis getoon het dat slegs een persoon, sonder die medewerking van andere, sy eie "hof" opgerig het en "reg gespreek" het, of byvoorbeeld sy eie "private tronk" aangehou het, sou die staat hom nie van sedisie kon aangekla het nie. In so 'n geval behoort dit na my mening vir die staat moontlik te wees om die beskuldigde van *crimen laesae majestatis* aan te kla.

Die vraag kan gevra word of die wetteregtelike misdade teen die staat, en meer in die besonder dié ingevolge die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982, nie wyd genoeg is om ook die gedrag wat deur *crimen laesae majestatis* gedek word, te omvat nie. Die antwoord hierop is ontkennend. Die kern van die misdaad terrorisme, geskep in artikel 54(1) van die wet, is die gebruikmaking

van geweld ten einde 'n politieke doelwit te bereik. Uit die voorbeelde van *crimen laesae majestatis* wat hierbo gegee is, is dit duidelik dat die gebruik van geweld nie 'n voorvereiste vir 'n skuldigbevinding aan hierdie misdaad is nie. Indien iemand byvoorbeeld valslik voorgee dat hy 'n diplomatieke verteenwoordiger van die Republiek is, kan hy hom aan *crimen laesae majestatis* skuldig maak sonder dat hy enige daad van geweld verrig het. Sonder om die besonderlywige omskrywings van die misdade subversie en sabotasie, wat onderskeidelik in artikel 54(2) en 54(3) van die wet geskep word, hier uiteen te sit en te bespreek, kan gekonstateer word dat gedrag wat op *crimen laesae majestatis* neerkom ook nie aan enigeen van hierdie twee misdade gelykgestel kan word nie.

Afgesien van die pasgemelde oorwegings, moet in gedagte gehou word dat die wetteregtelike misdade teen die staat in sekere politieke kringe omstrede is, onder meer weens die wye veld wat die omskrywings dek en die vaagheid van sekere begrippe in die omskrywings. Verhore weens die vermeende pleeg van hierdie misdade word dikwels afgemaak as "politieke verhore". Die staat en die vervolgingsinstansies kan hierdie kritiek in 'n sekere mate uitskakel deur beskuldigdes aan te kla van misdade wat in die gemenereg ontwikkel het, eerder as van die wetteregtelike misdade teen die staat. Hierdie oorweging versterk die argument dat *crimen laesae majestatis* nog as deel van ons reg beskou moet word.

Wanneer die vraag beantwoord moet word of 'n hof die bestaan van 'n misdaad wat in die gemenereg bekend was, maar wat selde of byna nooit vroeër in ons positiewe reg toegepas is nie, as deel van ons huidige reg moet erken, moet deeglik rekening gehou word met die legaliteitsbeginsel (ook bekend as die *nullum crimen sine lege*-beginsel) in die strafreg. Die kern van hierdie beginsel is dat die soort gedrag waarvan 'n beskuldigde aangekla word, deur die reg as 'n misdaad erken moet word (Burchell en Hunt *South African criminal law and procedure Vol I General principles of criminal law* (1983) deur EM Burchell, Milton en JM Burchell 53–66; De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1985) deur De Wet 44–47; Snyman 31–40). Na my mening staan hierdie beginsel nie in die pad van die erkenning van *crimen laesae majestatis* as 'n misdaad in ons huidige reg nie. Beslissings soos *S v Sibiya* 1955 4 SA 247 (A) en *S v Von Molendorff* 1987 1 SA 135 (T), waarin die howe geweier het om te beslis dat gedrag wat moontlik in die gemenereg strafbaar was vandag nog strafbaar is, kan onderskei word. In hierdie sake het die howe te doen gehad met botsende of onduidelike standpunte in die gemeenregtelike bronne omtrent *furtum usus* en afpersing onderskeidelik. Wat die strafbaarheid van *crimen laesae majestatis* betref, is daar geen wesenlike botsende standpunte in ons gemeenregtelike bronne nie. Soos hierbo aangetoon is, is mense wel al in ons reg van hierdie misdaad aangekla. In die *Phillips*-saak, wat hierbo bespreek is, is beskuldigdes selfs al aan hierdie misdaad skuldig bevind. Indien betoog sou word dat hierdie beslissings geïgnoreer moet word omdat die beskuldigdes in die *Phillips*-saak aan hoogverraad skuldig bevind moes gewees het, en die beskuldigdes in die ander sake wat hierbo genoem is nie aan hierdie misdaad skuldig bevind is nie ofskoon hulle daarvan aangekla is, sou so 'n betoog na my mening nie afbreuk doen aan my standpunt dat die misdaad wel nog bestaan nie. Die gebrek aan duidelike voorbeelde van aanklagte van en skuldigbevindings aan hierdie misdaad die afgelope stuk of honderd jaar kan toegeskryf word aan die feit dat daar na alle waarskynlikheid geen handelinge plaasgevind het wat duidelik binne die misdaad se

omskrywing val nie. 'n Mens moet in gedagte hou dat handelinge wat beantwoord aan die verbodsomskrywing van hierdie misdaad maar seldsaam is.

Indien aanvaar word dat die misdaad nog deel van ons reg is, kan die vraag ontstaan of dit wenslik is om die antieke, byna tweeduisendjaar-oue Romeinsregtelike benaming van die misdaad te behou. Vir die gewone man op straat is die uitdrukking *crimen laesae majestatis* 'n tongknoper, die betekenis waarvan vir hom vreemd sal wees. Uitdrukkings soos "gekwetste majesteit" en "lèsemajesté" word soms in ons bronne gebruik as sinonieme vir *crimen laesae majestatis*, maar ook hierdie uitdrukkings sal vir die gewone burger vreemd klink, veral omdat Suid-Afrika nie 'n monargie is nie en verwysings na "majesteit" meer tuishoort in 'n monargie of 'n staatsvorm waarin daar 'n absolute heerser is. Sonder om 'n presiese nuwe benaming vir die misdaad voor te staan, word aan die hand gedoen dat 'n uitdrukking soos "die aanmatiging van staatsprerogatiewe" as moontlike nuwe benaming oorweeg word.

Weens die gebrek aan voorbeelde uit die regspraak is dit moeilik om 'n omskrywing van hierdie misdaad te gee, maar ek is tog van mening dat die volgende omskrywing 'n redelike weerspieëling van die elemente van die misdaad is: iemand wat 'n handeling verrig waardeur hy wederregtelik en opsetlik vir homself die bevoegdhede of prerogatiewe aanmatig wat uitsluitlik die regering van die Republiek of die staatshoof toekom, maar sonder dat hy met 'n vyandige opset teen die Republiek optree, pleeg *crimen laesae majestatis*.

CR SNYMAN
Universiteit van Suid-Afrika

Die landdros se reaksie manifesteer nie alleen toorn nie maar ook 'n emosionaliteit wat met regterlikheid onbestaanbaar is. Die gevolg is onwetenskaplike en, vir 'n regterlike beampte, onbehoorlike standpunt-innames (*per* Kriegler R in *S v D* 1989 4 SA 709 (T) 714).

VONNISSE

FEITELIKE EN JURIDIESE KOUSALITEIT

S v Mokgethi 1990 1 SA 32 (A)

1 Inleiding

Die oorledene was 'n kassier in 'n bank en is tydens 'n bankroof deur een van die appellante tussen die skouerblaaie geskiet. Die oorledene het nie dadelik beswyk nie maar is eers ongeveer ses maande na die skietvoorval oorlede. Volgens die getuienis het die oorledene as gevolg van die verwonding 'n parapleeg geword en moes hy van 'n rolstoel gebruik maak. Sy toestand het sodanig verbeter dat hy sy werk by die bank hervat het. Hy is egter later weer in die hospitaal opgeneem weens septisemie waaraan hy mettertyd dood is. Die septisemie was die gevolg van erge druksere wat ontstaan het weens sy versuim om homself in die rolstoel genoegsaam te verskuif in weerwil van die mediese advies wat met die oog daarop aan hom gegee is.

Die appellante is in 'n provinsiale afdeling aan onder andere moord op die oorledene skuldig bevind en ter dood veroordeel. In appèl word namens die appellante aangevoer dat, alhoewel die skietwond *'n (feitelike) oorsaak* van die oorledene se dood was, dit die dood nie *regtens* veroorsaak het nie. Die argument is met ander woorde dat 'n *juridiese kousale verband* tussen die skietery en die oorledene se dood ontbreek het.

Die appèlhof onderskei tussen feitelike en juridiese kousaliteit en aanvaar klaarblyklik die noodsaaklikheid van juridiese kousaliteit (39D ev; sien hieroor in die algemeen Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1989) 145 ev). In hierdie verband sluit die hof aan by sy beslissings in *Minister of Police v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 34 en *S v Daniëls* 1983 3 SA 275 (A) 331. Die hof bevind naamlik

> "dat feitlike veroorsaking nie altyd voldoende is om die handeling die dader as regsoorsaak van die gevolg toe te reken nie" (39D);

en dat

> " 'n handeling wat 'n *conditio sine qua non* van 'n gevolg is . . . te ver verwyderd van die gevolg [kan] wees om regtens as oorsaak daarvan beskou te word" (40C).

Bygevolg gaan die hof akkoord met die opvatting van

> "[m]eeste skrywers . . . dat naas [*conditio sine qua non*] 'n verdere afgrensingsmaatstaf nodig is om juridiese kousaliteit te bepaal" (39I ev).

Enkele kwessies in verband met feitelike en juridiese kousaliteit wat in appèlregter Van Heerden se uitspraak ter sprake gekom het, verdien aandag.

2 Feitelike kousaliteit

Dit is van besondere belang dat die hof by die vasstelling van die feitelike oorsaak van die oorledene se dood *hoegenaamd nie die* conditio sine qua non-*"toets" aanwend nie* (38B ev). Trouens, die hof maak *tydens hierdie ondersoek* nie eers melding van die betrokke "toets" nie (38B–39C). Die *conditio sine qua non*-"toets", ook bekend as die "but for"-toets, word deur Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 197 soos volg verduidelik:

> "Hiervolgens is 'n handeling oorsaak van 'n gevolg indien die handeling nie weggedink kan word sonder dat die gevolg tegelyk verdwyn nie. Die handeling moet met ander woorde *conditio sine qua non* vir die gevolg wees."

Toegepas op die feite in die onderhawige saak, sal mens, om volgens *conditio sine qua non* vas te stel of die skietvoorval die oorledene se dood veroorsaak het, dus die skietvoorval moet elimineer ("wegdink"), en dan moet kyk of die dood nog intree of nie. 'n Poging om *conditio sine qua non* hier toe te pas, sal egter dadelik die onhoudbaarheid van die "toets" openbaar: hoe kan die blote wegdink van 'n skietvoorval dit as oorsaak van 'n sterfgeval ses maande later aanmerk as mens nie *reeds voor die wegdinkproses* (op grond van onder meer mediese getuienis) *weet* van feite wat die besondere skietvoorval met die betrokke sterfgeval verbind nie? Die wegdinkproses op sigself openbaar tog nie *hoe* 'n mens sal weet dat as hy die skietvoorval wegdink, die uiteindelike dood ook sal wegval nie. Tereg kritiseer Visser ("*Conditio sine qua non*" 1989 *THRHR* 561) dan ook die "wegdink"-formule:

> "[Die *conditio sine qua non*-"toets"] voldoen nie aan die minimum-vereistes vir 'n werkbare toets nie aangesien dit byvoorbeeld *nie aandui hoe 'n mens sal weet dat indien jy 'n handeling wegdink, die gevolg ook verdwyn nie.* Van der Merwe en Olivier se 'toets' verg net dat mens 'n handeling moet wegdink en verklaar dan dat daar 'n kousale verband sal bestaan *as* die betrokke gevolg ook verdwyn, maar vertel mens nie *hoe* jy sal weet of die gevolg verdwyn of nie! Hierdie 'toets' sou dus net 'n resultaat kon bied as mens *voordat* jy 'n handeling wegdink, reeds goed weet dat dit wel die betrokke gevolg veroorsaak het. Slegs dan sou mens by die 'toepassing' daarvan kon sê dat as jy die handeling wegdink, die gevolg ook verdwyn."

In die lig van die onwerkbaarheid van die "wegdink"-metode verbaas dit dan ook nie dat appèlregter Van Heerden nêrens in die onderhawige saak 'n "wegdinkproses", wat die wese van die *conditio sine qua non*-"toets" uitmaak, gebruik om die oorsaak van die oorledene se dood te bepaal nie. By die ondersoek na feitelike kousaliteit, aanvaar die hof ten aanvang klaarblyklik die mediese getuienis dat die oorledene gesterf het "weens oorweldigende septisemie wat terug te voer was na infeksie wat in druksere ontstaan het" (38D). Daarna vra die hof: "Wat het egter meegebring dat die druksere gevorm het?" (38D). Ten einde hierdie vraag te beantwoord, gebruik die hof steeds nie die "wegdinkformule" van *conditio sine qua non* nie: die hof ondersoek naamlik die mediese en ander getuienis op metodiese wyse om die kousale ketting te rekonstrueer (38D–39C) en kom uiteindelik tot die slotsom

> "dat die druksere gevorm het weens die oorledene se nalatige versuim om ooreenkomstig mediese instruksies gereeld van sitposisie in sy rolstoel te verander" (39C).

Nadat al hierdie getuienis ondersoek is en die vermelde kousale verband tussen die oorledene se versuim om gereeld van sitposisie verander, die druksere, die septisemie en die oorledene se dood vasgestel is sonder om selfs na *conditio sine*

qua non te verwys, stel die hof die (nou retoriese) vraag "of, in die lig van al die gebeure, die skietwond regtens die oorsaak van die dood van die oorledene was" (39D). Aangesien al die getuienis in dié verband klaarblyklik reeds op die antwoord dui, konkludeer die hof eenvoudig: "Dat dit [die skietwond] wel 'n *conditio sine qua non* [vir die dood] was, val nie te betwyfel nie" (39DE). Nou eers, nadat die kousale verband (soos enige ander regsfeit) reeds deur middel van getuienis vasgestel is, verneem 'n mens die eerste keer in die uitspraak van *conditio sine qua non.*

Nou is dit wel waar dat appèlregter Van Heerden hom van *conditio sine qua non*-terminologie bedien (39D ev). *In hierdie stadium staan die feitelike kousale verband egter reeds vas.* Gevolglik benut die hof *conditio sine qua non* bloot as 'n gerieflike en alternatiewe wyse om die gevolgtrekking waartoe reeds langs ander weë geraak is, te verwoord. Hierin sluit regter Van Heerden hom aan by ander regters wat graag 'n reeds vasgestelde kousale verband met *conditio sine qua non* uitdruk. Die hof sê met ander woorde as 't ware: "Noudat op grond van al die getuienis bevind is dat die skietwond wel die oorledene se dood veroorsaak het, kan mens verklaar dat die dood nie sou ingetree het as die skietwond nie toegedien was nie; die skietwond was met ander woorde *conditio sine qua non* vir die oorledene se dood." Daar is geen beginselbeswaar teen hierdie gebruik nie, mits mens nie verkeerdelik hiervan aflei dat die appèlhof *conditio sine qua non* as *toets* vir feitelike kousaliteit aanwend nie.

Gevolglik bied die onderhawige saak geen gesag vir die stelling dat *conditio sine qua non* 'n maatstaf of toets vir feitelike kousaliteit is nie. Dit beteken ook dat daar steeds geen appèlhofsaak is wat *conditio sine qua non* waarlik as *toets* vir feitelike kousaliteit aangewend het nie (sien in hierdie verband Visser 564–566).

Daar is reeds by verskeie geleenthede ernstige en grondige kritiek teen *conditio sine qua non* as kousaliteitstoets uitgespreek waarop nog nooit oortuigend geantwoord is nie (sien veral Van Rensburg *Juridiese kousaliteit en aspekte van aanspreeklikheidsbegrensing by die onregmatige daad* (proefskrif Unisa 1970) 3–65; Neethling, Potgieter en Visser 146 ev en bronne daar aangehaal; Visser 558 ev). Visser 568 moet dus gelyk gegee word waar hy verklaar dat indien die appèlhof inderdaad *conditio sine qua non* as kousaliteitstoets wil aanwend, die hof rekening sal moet hou met die kritiek teen *conditio sine qua non* en dat daar verwag sal kan word dat die hof in staat sal wees om sodanige kritiek na behoorlike behandeling daarvan te weerlê. " 'n Aanvaarding van *conditio sine qua non as toets* sonder om op die kritiek daarteen in te gaan", konkludeer Visser *ibid* tereg, "kan nie werklik gesaghebbend en oortuigend wees nie." In die lig van verkeerde persepsies in hierdie verband, kan die appèlhof dit by 'n volgende geskikte geleentheid tog oorweeg om die onsekerheid wat daar nog in verband met die rol van *conditio sine qua non* kan bestaan, eens en vir altyd uit die weg te ruim.

Die wyse waarop appèlregter Van Heerden die feitelike kousale verband *in casu* bepaal, klop egter met die ware aard van 'n kousale verband waar die vraag eenvoudig is *of een feit uit 'n ander volg* (Van Rensburg 141 152; Neethling, Potgieter en Visser 152; Visser 568–569). Die regter gebruik naamlik geen "toets" (allermins *conditio sine qua non*) om die kousale verband vas te stel nie, maar bepaal aan die hand van 'n ontleding van die getuienis wat aan hom voorgelê is of die oorledene se dood feitelik met die skietvoorval verbind kan word of nie. Daar bestaan dan ook geen towerformule of enkele toets aan die hand

waarvan vasgestel kan word of 'n handeling 'n bepaalde gevolg veroorsaak het nie. 'n Kousale verband word bepaal deur middel van menslike ervaring en kennis in die algemeen en dié van die beoordelaar van die feite in die besonder. In die praktyk word die bestaan van 'n kousale verband dus net soos ander regsfeite op grond van *getuienis* (en nie deur gebruikmaking van die een of ander "toets" nie) deur die hof vasgestel (Neethling, Potgieter en Visser 152–153), 'n proses wat dan ook tereg deur die appèlhof in die onderhawige saak gevolg is. (Vir nog 'n goeie voorbeeld (uitgewys deur Visser 569) van die normale wyse waarop howe 'n feitelike kousale verband bepaal, dit wil sê sonder gebruikmaking van *conditio sine qua non*, sien *Ocean Accident and Guarantee Corporation v Koch* 1963 4 SA 147 (A).)

3 Juridiese kousaliteit

Soos reeds vermeld, vereenselwig appèlregter Van Heerden hom met vroeëre appèlhofbeslissings dat juridiese kousaliteit benewens feitelike kousaliteit noodsaaklik is om aanspreeklikheid binne aanvaarbare perke te hou. (Sien oor die noodsaaklikheid van juridiese kousaliteit, Neethling, Potgieter en Visser 145 153.)

Die hof verwys dan na van die bekende sogenaamde juridiese kousaliteitsmaatstawwe: die afwesigheid van 'n *novus actus interveniens*, "proximate cause", "direct cause", voorsienbaarheid en adekwate veroorsaking (40A; sien hieroor in die algemeen Neethling, Potgieter en Visser 156 ev). Al hierdie kriteria het as vertrekpunt die gedagte dat 'n handeling wat 'n gevolg feitelik veroorsaak het, te ver van die gevolg verwyderd kan wees om regtens as oorsaak daarvan beskou te word (40C). Die wyse waarop hierdie afgrensing moet geskied, verskil vanselfsprekend van maatstaf tot maatstaf (Neethling, Potgieter en Visser 156 ev).

Appèlregter Van Heerden verwys ook na die standpunt van sommige skrywers dat, wat kousaliteit betref, die "*conditio sine qua non*-toets" voldoende is (sien egter weer par 2 hierbo waaruit blyk dat *conditio sine qua non* geen *toets* daarstel nie), en dat aanspreeklikheid afdoende deur die bykomende vereistes *wederregtelikheid en skuld* beperk word (39I). Die regter wys nietemin tereg daarop dat diesulkes in hierdie verband "gewoonlik aan laasgenoemde begrippe [dit is wederregtelikheid en skuld] 'n ander betekenis of trefwydte [gee] as wat dié normaalweg dra" (*ibid*). Dus gaan dit in sulke gevalle nie werklik om onregmatigheid en skuld nie. Hopelik het die appèlhof met hierdie waarneming die wanopvatting dat onregmatigheid of skuld (opset en nalatigheid) as juridiese kousaliteits- of begrensingsmaatstawwe kan funksioneer (soos deur oa Van der Merwe en Olivier 194 en Van Oosten "Oorsaaklikheid in die Suid-Afrikaanse strafreg – 'n prinsipiële ondersoek" 1983 *De Jure* 57–58 aan die hand gedoen), finaal die nek ingeslaan.

Natuurlik word aanspreeklikheid in 'n sin deur al die sogenaamd aanspreeklikheids*vestigende* misdaads- of delikselemente (waaronder onregmatigheid en skuld) "begrens": 'n dader wat skade feitelik veroorsaak maar nie onregmatig optree nie, of onregmatig optree maar nie nalatig nie, se aanspreeklikheid word immers "begrens" deur (die afwesigheid van) onderskeidelik onregmatigheid en skuld. Maar in die onderhawige saak het 'n mens nie met so 'n "gewone" geval te doen nie. Hier staan onregmatigheid en skuld reeds vas: 'n regverdigingsgrond ontbreek en die appellante het klaarblyklik minstens *dolus eventualis* gehad. Die

vraag is nou juis of die dader wat ongetwyfeld onregmatig en opsetlik gehandel het, *regtens aanspreeklik gestel moet word* vir 'n sekere "verwyderde" gevolg wat hy veroorsaak het. Onregmatigheid en skuld kan klaarblyklik nie help om hierdie vraag te beantwoord nie omdat dit reeds vasstaan dat die gevolg onregmatig en skuldig veroorsaak is; glo mens dat onregmatigheid en skuld as sowel aanspreeklikheids*vestigende* as *-begrensingsmaatstawwe* moet dien, moet mens dus in die onderhawige saak sonder meer besluit dat die dader skuldig is aan moord selfs al het die dood ses maande na die handeling ingetree en selfs al was die slagoffer se eie onredelike versuim die onmiddellike oorsaak van sy dood (47A ev). Soos uit die uitspraak blyk, sal so 'n konklusie in die betrokke omstandighede onaanvaarbaar wees.

Mens kan dus tot die slotsom kom dat dit onrealisties is om vol te hou dat die aanspreeklikheidsbegrensingsprobleem bevredigend aan die hand van onregmatigheid en skuld opgelos kan word (sien onderskeidelik Van Oosten "Oorsaaklikheid by mediese behandeling as tussenfaktor in die Suid-Afrikaanse strafreg" *EM Hamman-gedenkbundel* 173 en Van der Merwe en Olivier 194 ev), of – gesien die appèlhof se herhaalde erkenning van die noodsaaklikheid van juridiese kousaliteit – om steeds sodanige noodsaaklikheid te ontken (vgl Boberg *The law of delict* (1984) 382 447–448).

Die appèlhof ag dit nie gerade om hom aan een van die vermelde juridiese kousaliteitsmaatstawwe te verbind nie. Volgens die hof kan nie een van hierdie toetse by *alle* soorte feitekomplekse as enkele maatstaf vir juridiese kousaliteit geld nie (41A). Die hof spreek hom gevolglik ten gunste van " 'n oorheersende elastiese maatstaf vir die bepaling van juridiese oorsaaklikheid" uit (40D). Dit gaan vir die hof by juridiese kousaliteit klaarblyklik om die kernvraag "of 'n genoegsame noue verband tussen handeling en gevolg bestaan" (40IJ 45GH). By die beantwoording van hierdie vraag speel *beleidsoorwegings* 'n rol; daar moet "gewaak word dat 'n dader se aanspreeklikheid nie die grense van redelikheid, billikheid en regverdigheid oorskry nie" (40E). By die aanwending van hierdie algemene en soepele benadering kan van die bestaande juridiese kousaliteitstoetse in spesifieke feitekomplekse wel nuttig aangewend word, maar geeneen van hierdie toetse kan op sigself in alle gevalle as afgrensingmaatstaf gebruik word nie (41A). Hierdie benadering is deur hoofregter Corbett in *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 700–701 bevestig.

Weer eens verdien die appèlhof se benadering instemming. 'n Hof behoort nie aan 'n enkele juridiese kousaliteitsmaatstaf gebonde te wees nie, maar behoort die vryheid te hê om in elke geval in die lig van die omstandighede en met inagneming van beleidsoorwegings te besluit of dit billik sal wees om 'n gevolg aan die dader toe te reken. Om dogmaties aan 'n enkele teorie, soos voorsienbaarheid of adekwate veroorsaking, gebonde te wees, sal nie billikheid bevorder nie en sal die eise van die praktyk op 'n onaanvaarbare wyse aan regsdogma ondergeskik stel. Van der Walt (*Delict: Principles and cases* (1979) 103–104) som die aan te bevole soepele benadering goed op:

> "The court must, in view of all the circumstances of the case, determine whether a reasonably close or direct relationship existed between the relevant factually related cause and consequence. Such a general test enables the court to adopt a flexible approach to the question of causality and to avoid over-emphasis of the interests of either the defendant or the plaintiff."

Twee ander oorwegings wat in die onderhawige saak in verband met juridiese kousaliteit ter sprake gekom het, verdien vlugtig aandag:

(a) In die eerste plek aanvaar regter Van Heerden die standpunt van Gordon (*Criminal law* 2e uitg 104) dat die oorwegings wat juridiese kousaliteit beïnvloed, van die een regsgebied tot 'n ander kan verskil (40G–I). Ook met hierdie bevinding kan saamgestem word. Die konsekwensie hiervan is dat die veroorsaking van 'n gevolg in 'n bepaalde geval byvoorbeeld tot deliktuele aanspreeklikheid kan lei, maar nie tot strafregtelike aanspreeklikheid nie. Verskillende oorwegings is immers by byvoorbeeld die vermelde twee regsgebiede ter sprake. Miskien illustreer die onderhawige saak juis hierdie verskil: mens sou kon argumenteer dat die appellante in die lig van die omstandighede tereg nie aan moord skuldig bevind behoort te word en die doodstraf verdien nie, maar wel deliktueel aanspreeklik behoort te wees vir skade (bv begrafniskoste) wat hulle moontlik deur hulle opsetlike optrede veroorsaak het.

(b) Tweedens behandel die hof die invloed van die slagoffer se optrede op die juridiese kousale verband. Dit gaan hier om die vraag in welke omstandighede die gevolg wat wel feitelik uit die dader se optrede voortgevloei het, as gevolg van *die slagoffer se tussentredende optrede* (*novus actus interveniens*) tog nie aan die dader toegereken behoort te word nie. Met ander woorde: wanneer kan mens sê dat die slagoffer se optrede die kousale ketting tussen die dader se handeling en die gewraakte gevolg verbreek het? (41B ev.) In die onderhawige saak gaan dit om die moontlike invloed van die oorledene se versuim om die druksere te voorkom wat die septisemie veroorsaak het en wat weer die direkte oorsaak van sy dood was. (Sien ivm die ander vorme wat 'n *novus actus interveniens* kan aanneem, Neethling, Potgieter en Visser 171–172.)

Die hof twyfel of mens 'n vaste reël kan neerlê aan die hand waarvan in alle gevalle bepaal kan word of 'n versuim van die slagoffer die oorsaaklikheidsverband tussen die verwonding en die slagoffer se dood vir doeleindes van strafregtelike aanspreeklikheid ophef. Te veel faktore kan hier 'n rol speel: die erns van die verwonding; die omstandighede, ontwikkelingspeil, oortuigings ensovoorts van die slagoffer; die mate waarin die versuim objektief onredelik is; en die tydsverloop tussen die verwonding en die dood (46H).

Nietemin doen die hof 'n kriterium aan die hand wat in 'n aantal van die gevalle (maar nie noodwendig in alle gevalle nie) waar die slagoffer se tussenintoptrede ter sprake kom, nuttig aangewend kan word by die vraag na juridiese kousaliteit:

> "In die reël is 'n dader se handeling wat 'n *conditio sine qua non* van die slagoffer se dood is, te ver verwyderd van die gevolg om tot strafregtelike aanspreeklikheid daarvoor te lei indien (i) 'n versuim van die slagoffer om mediese of soortgelyke advies in te win, behandeling te ondergaan of instruksies na te kom die onmiddellike oorsaak van sy dood was; (ii) die verwonding nie in sigself lewensgevaarlik was nie of dit nie meer op die tersaaklike tydstip was nie, en (iii) die versuim relatief onredelik was, dws onredelik ook met inagneming van eienskappe, oortuigings ens van die slagoffer. Daarmee gee ek nie te kenne dat indien een of meer van die vereistes nie bevredig is, die kousale ketting nie verbreek kan wees nie" (46J–47B).

Appèlregter Van Heerden pas vervolgens die vermelde kriteria op die feite van die onderhawige saak toe en kom tot die gevolgtrekking dat die verwonding van die oorledene nie as regsoorsaak van sy dood vir doeleindes van die moordklag beskou kan word nie (47C ev). Dit beteken dat feitelike kousaliteit bestaan, maar juridiese kousaliteit ontbreek. Gevolglik word die skuldigbevinding aan moord deur 'n skuldigbevinding aan poging tot moord, en die doodstraf deur tien jaar gevangenisstraf vervang (47I).

4 Gevolgtrekkings

Opsommend bied appèlregter Van Heerden se uitspraak gesag vir onder meer die volgende stellings:

- Daar moet tussen feitelike en juridiese kousaliteit onderskei word.
- Die feitelike kousale verband tussen handeling en gevolg word bepaal deur middel van 'n ontleding van die beskikbare getuienis van hoe een feit uit 'n ander volg en nie deur die "wegdink"-metode van die *conditio sine qua non*-benadering nie.
- *Conditio sine qua non* kan gebruik word om 'n reeds bestaande kousale verband uit te druk, maar nie as 'n toets vir feitelike kousaliteit nie.
- Onregmatigheid en skuld (in die gewone betekenis van hierdie begrippe) kan nie as juridiese kousaliteitsmaatstawwe funksioneer nie.
- Vir die bepaling van juridiese kousaliteit deug nie een van die bestaande juridiese kousaliteitsmaatstawwe (soos adekwate veroorsaking en voorsienbaarheid) vir alle gevalle nie. Daarom moet 'n soepel benadering eerder gevolg word. Die kernvraag is of daar 'n genoegsame noue verband tussen die dader se handeling en die gevolg bestaan dat die gevolg die dader met inagneming van beleidsoorwegings op grond van redelikheid, billikheid en regverdigheid toegereken kan word. Die bestaande juridiese kousaliteitstoetse kan wel 'n subsidiêre rol speel by die bepaling van juridiese kousaliteit aan die hand van die soepel maatstaf.
- Oorwegings wat ter sprake kom by die bepaling van juridiese kousaliteit, kan van een regsgebied tot 'n ander verskil. Gevolglik sou dieselfde feitesituasie byvoorbeeld tot deliktuele aanspreeklikheid aanleiding kon gee, maar nie noodwendig tot byvoorbeeld strafregtelike aanspreeklikheid nie.
- Die tussentredende optrede (*novus actus interveniens*) van die slagoffer kan in sekere gevalle die juridiese kousale ketting tussen die feitelike oorsaak en gevolg verbreek.

JM POTGIETER
Universiteit van Suid-Afrika

ARTIKEL 82 VAN DIE INSOLVENSIEWET 24 VAN 1936 EN *BONA FIDES*

Mookrey v Smith 1989 2 SA 707 (K)

By die bestudering van die reg is een van die grondliggendste beginsels die belang daarvan om die wils- of gedagte-inhoud van die wetgewer vas te stel waar 'n besondere artikel van 'n wet ontleed word. Om dit te doen, is die uitlegger in die eerste plek aangewese op die woorde wat die wetgewer gebruik het. Woorde is egter dikwels 'n onvolmaakte middel om aan die werklike wil of gedagte gestalte te gee; daarom moet die wetsbepaling veelal na 'n geval uitgebrei word wat nie in die wet of die betrokke bepaling genoem word nie (*casus omissus*) of

moet 'n geval uitgesluit word wat duidelik binne die woorde van die wet (of bepaling) val. Dit is 'n kardinale reël van wetsuitleg dat 'n bepaling in 'n wet nie as op sigself staande uitgelê moet word nie, *maar in sy samehang met die hele wet*. Hierdie reël geld ook op mikrovlak ten opsigte van 'n artikel verdeel in subartikels. Logika vereis dat, indien onsekerheid oor die betekenis van 'n begrip in een van die subartikels bestaan, elkeen van daardie subartikels deeglik onderskei en ontleed moet word om sodoende 'n beter insig in die betrokke woord of sinsnede te kry. Hoe belangrik dit werklik is, het onlangs weer geblyk.

In 'n vorige bespreking van *Mookrey v Smith* 1987 1 SA 332 (K) (1988 *THRHR* 252) het ek die problematiek rondom subartikels (1) en (8) van artikel 82 van die Insolvensiewet 24 van 1936, wat in die saak ter sprake was, ondersoek. Die huidige saak is 'n appèl na die volbank van dieselfde afdeling teen die uitspraak van waarnemende regter King. Laasgenoemde beslissing word omvergewerp nadat regter Conradie (met wie regters Howie en Nel saamgestem het), veral met verwysing na subartikel (7) van dieselfde artikel, tot 'n ander gevolgtrekking oor die inhoud en betekenis van die begrip *bona fides* in artikel 82 gekom het. Vir 'n behoorlike en sinvolle bespreking van hierdie uitspraak, is dit nodig om kortliks weer na die inhoud van die betrokke subartikels en die feite van die saak te verwys.

Artikel 82(1) lui:

> "Behoudens die bepalings van artikels 83 en 90, moet die kurator van 'n insolvente boedel sodra hy daartoe gemagtig word op die tweede byeenkoms van die skuldeisers van daardie boedel, al die goedere in daardie boedel verkoop en wel op die wyse en voorwaardes wat die skuldeisers mag voorskrywe: Met dien verstande dat as bate in daardie boedel bestaan uit regte, kragtens 'n huur, lisensie, koop of toekenning van grond van die Staat verkry, die kurator by sy bereddering van die boedel moet handel volgens die bepalings (as daar bestaan) wat deur die wet, uit kragte waarvan die regte verkry is, verklaar word van toepassing te wees in geval die boedel van die persoon, wat daardie regte verkry het, gesekwestreer word: Met dien verstande dat, as die skuldeisers voor die finale sluiting van die tweede vergadering van skuldeisers van daardie boedel geen instruksies gegee het nie, die kurator die goedere by openbare veiling of by openbare inskrywing moet verkoop. As goed by openbare veiling of openbare inskrywing verkoop word, moet daarvan vooraf kennis gegee word in die Staatskoerant en op sodanige ander wyse as wat die Meester mag voorskrywe en as die skuldeisers geen verkoopvoorwaardes voorgeskrywe het nie, moet die goed verkoop word op die voorwaardes wat die Meester mag voorskrywe."

Artikel 82(7) lui:

> "Die kurator of 'n venduafslaer wat belas is met die verkoping van goed van die betrokke boedel, of die eggenoot, vennoot, werkgewer, werknemer of verteenwoordiger van die kurator of venduafslaer, mag geen goed van die boedel verkry nie tensy die verkryging deur 'n order van die hof bekragtig word."

Artikel 82(8) lui:

> "As iemand anders as 'n persoon bedoel in sub-artikel (7) te goeder trou goed uit die insolvente boedel gekoop het, wat in stryd met hierdie artikel aan hom verkoop is, of as iemand te goeder trou en vir waarde van 'n persoon bedoel in sub-artikel (7) goed verkry het, wat laasbedoelde persoon in stryd met daardie sub-artikel uit 'n insolvente boedel verkry het, dan is die koop of ander verkryging desnietemin geldig, dog die persoon wat die goed verkoop of andersins van die hand gesit het is teenoor die boedel aanspreeklik tot vergoeding van tweemaal die bedrag van die verlies wat die boedel mag gely het as gevolg van die beskikking oor die goed in stryd met hierdie artikel."

Die feite van die saak is kortliks die volgende:

Applikant (M) is 'n ongerehabiliteerde insolvent; eerste respondent (S) is sy kurator; tweede respondent (BM) is M se broer en ook die koper van sekere

onroerende eiendom van die insolvente boedel wat deur S verkoop is. Na sekwestrasie van M se boedel en wel op die tweede skuldeisersvergadering, het die skuldeisers aan die kurator opdrag gegee om die onroerende eiendom op 'n openbare veiling te verkoop. In sy verslag, wat op hierdie vergadering voorgehou en aanvaar is, het S 'n waarde van R25 000 op die eiendom geplaas. M was op die vergadering teenwoordig, maar BM nié. Omdat BM egter die sekwestrerende skuldeiser was, sou BM wel die kurator se verslag ontvang het. In stryd met genoemde besluit, het S die eiendom uit die hand vir 'n bedrag van R34 000 aan BM verkoop. Ter motivering van sy optrede voer S aan dat hy van mening was dat dit 'n regverdige en redelike opbrengs was en dat die risiko bestaan het dat die verkoop per openbare veiling 'n mindere bedrag sou oplewer. S verklaar verder dat die eiendom met die volle kennis van en sonder enige nadeel vir die skuldeisers verkoop is. Ook BM verklaar dat vóór die koopkontrak gesluit is, M hom versoek het om 'n aanbod vir die eiendom te maak. Hierdie aanbod van R34 000 is gemaak op 'n vergadering in die teenwoordigheid van die applikant, eerste en tweede respondent en 'n prokureur wat sekere skuldeisers van die insolvente boedel verteenwoordig het. S het die aanbod aanvaar en die koopakte is opgestel. Oordrag het egter nog nie plaasgevind nie.

M doen vervolgens aansoek vir die nietigverklaring van die verkoop. Die aansoek word gegrond op artikel 82(1) van die wet. BM, wat die aansoek opponeer, se verweer berus op artikel 82(8) van die wet.

Die wese van artikel 82(1) is dat die eiendom deur die kurator verkoop moet word op die *wyse* en volgens die *voorwaardes* wat deur die skuldeisers op die tweede skuldeisersvergadering bepaal word. *In casu* het die kurator in stryd met die besluit van die skuldeisers opgetree. Die verweer van BM en ook die kern van artikel 82(2) is dat die koop nietemin geldig is indien die koper van die betrokke goed te goeder trou opgetree het.

In die uitspraak van die hof *a quo* word die standpunt ingeneem dat by oorweging of 'n onreëlmatigheid deur die kurator gepleeg is, die antwoord afhang van die vraag of artikel 82(1) gebiedend of slegs aanwysend is. Sonder om uitspraak hieroor te gee, gaan regter King uit van die veronderstelling dat die kurator wel verplig was om die skuldeisers se aanwysings te volg. Sy versuim om dit te doen, was dus onreëlmatig. Hierdie onreëlmatigheid, asook die insolvent se belang by die saak, maak laasgenoemde geregtig om op die kurator se versuim te steun, "in other words that this is not a matter exclusively between the trustee and the creditors".

Wat subartikel (8) betref, beslis die hof *a quo* dat 'n kontrak wat teenstrydig met die aanwysings van die skuldeisers gesluit is, nietemin geldig is indien die koper in goeie trou gekoop het. Die hof aanvaar dat die *onus* om goeie trou te bewys, op die koper rus. Regter King kom tot die gevolgtrekking dat die wyer betekenis soos dit algemeen in die reg verstaan word, aan die uitdrukking "goeie trou" gegee moet word, naamlik die afwesigheid van 'n bedoeling om die skuldeisers te benadeel. Beoordeel op die feite van die saak, bevind die regter dat daar niks in die transaksie of gebeure rondom die sluiting van die kontrak was wat aandui dat BM (die koper) anders as eerlik en sonder die bedoeling om te bedrieg, opgetree het nie. Die koper hoef nie te bewys dat hy òf die reg nie geken het nie òf dit verkeerd verstaan het nie. Slegs waar die feite op 'n *mala fide* transaksie dui, sal dit vir daardie party nodig wees om die vermoede van kwade trou te weerlê. Of die koper van artikel 82 geweet het, is irrelevant.

Alhoewel hy van die skuldeisers se besluit bewus was en hy ook van die kurator se waardasie geweet het, was die aanbod wat hy gemaak het vir 'n heelwat hoër bedrag as die kurator se waardasie van die eiendom. Die kurator was tevrede met die aanbod. Hierdie feite bevat geen suggestie van kwade trou nie. Regter King beslis dan ook dat die koper *bona fide* opgetree het en dat die kontrak geldig en afdwingbaar is.

In die uitspraak van die hof van appèl verwys regter Conradie (711) na my standpunt (1988 *THRHR* 252) en beslis dat die skuldeisers by 'n insolvente boedel nie verplig is om aan die kurator instruksies te gee nie, maar dat òf hulle òf die Meester minstens aanwysings moet gee. Die kurator word nie toegelaat om sy eie kop te volg nie. Artikel 82(1) maak voorsiening vir aanwysings van die een of die ander aard. In die afwesigheid van enige sodanige aanwysings is die verkoop van 'n bate uit die insolvente boedel ongeldig (711). Die hof beklemtoon dat die oogmerk van die wet is dat die skuldeisers van die insolvente boedel in laaste instansie in beheer van die likwidasieproses van daardie boedel moet wees. Daarom is dit belangrik en ook nodig dat die wet die riglyne moet verskaf om te verseker dat die kurator in ooreenstemming met die aanwysings van die skuldeisers optree. Aritkel 82(1) is so 'n riglyn. Dit handel oor die bevoegdheid van die kurator om namens die boedel afstand van bates te doen. Juis omdat die kurator namens ander optree, is dit ooglopend wenslik dat daar perke op sy bevoegdheid moet wees, net soos daar in die algemeen in die geval van 'n verteenwoordiger wat namens sy prinsipaal optree, sekere perke bestaan. As 'n verteenwoordiger buite die omvang van sy bevoegdhede optree, is daardie handeling nietig (711). Daarom is die optrede van die kurator in stryd met die aanwysings van die skuldeisers ongeldig. Soos ek aangetoon het (1988 *THRHR* 257), was die optrede direk in stryd met die besluit van die skuldeisers en daarom onreëlmatig. (Regter Conradie gebruik tereg die woorde *ultra vires*.) Die slotsom is dus dat dit nie nodig is om na die gebiedendheid al dan nie van artikel 82 te vra om tot die bogenoemde gevolgtrekking te raak nie.

Wat die *onus* ingevolge subartikel (8) betref, beslis die hof dat die koper daardie las dra. (Dit was ook my standpunt in 1988 *THRHR* 258.) In 'n deurdagte ontleding van subartikel (8) kom regter Conradie tot die gevolgtrekking dat die subartikel 'n uitsondering op die algemene bepaling van artikel 82(1) bevat. Dit maak voorsiening vir 'n spesiale geval, naamlik die onskuldige koper. Die persoon wat dan beweer dat hy as 'n spesiale geval behandel moet word, dra die *onus* om dit te bewys. Dit is in ooreenstemming met die algemeen aanvaarde beginsels soos veral in *Eagle Star Insurance Co v Willey* 1956 1 SA 330 (A) en *Munro, Brice & Co v War Risks Association Ltd* 1918 2 KB 78 uitgekristalliseer het. Spesifiek met betrekking tot die feite van die betrokke saak kom dit kortliks op die volgende neer: Of die bepaling of artikel 'n uitsondering bevat, en of dit 'n gekwalifiseerde bepaling is, hang van die uitleg daarvan *as 'n geheel* af. Toegepas op die feite *in casu*, sien dit soos volg daaruit:

(1) Die appellant (M) moet sy eis binne die omvang van die bepaling bring; in die huidige geval binne die omvang van artikel 82.

(2) Sodra hy sy bewys gelewer het, staan dit die koper (BM) vry om aan te toon dat die spesifieke transaksie uitgesluit is. Dit kan hy egter slegs doen indien die uitgeslote transaksie as 'n *uitsondering* in die artikel gemeld word.

(3) Word die uitgeslote transaksie in die artikel as 'n kwalifikasie op die algemene bepaling vervat (sodat 'n mens met 'n gekwalifiseerde bepaling te make

het), rus die *onus* op die appellant (M) om te bewys dat sy eis binne die omvang van die artikel, soos gekwalifiseer, val.

Artikel 82(8) bevat 'n *uitsondering* en daarom het die koper die las om te bewys dat hy binne die uitsonderingsgeval val.

Die aspek waaroor die volbank se uitspraak egter wesenlik met dié van die hof *a quo* verskil, handel oor die *bona fides* van die koper (BM), en meer spesifiek oor die inhoud en betekenis van dié begrip vir doeleindes van artikel 82(8). Die hof van appèl is van mening dat die hof *a quo*, met die vasstelling van die inhoud van die *bona fides*- begrip, nie ag op die doel van die subartikel geslaan het nie. Die subartikel voorsien die riglyn ("mechanism") waardeur vereis word dat, sonder om die belange van onskuldige buitestaanders te benadeel, 'n kurator aan die aanwysings van die skuldeisers moet voldoen. Dit ly geen twyfel nie dat nakoming van hierdie riglyn noodsaaklik is om benadeling van die skuldeisers te voorkom. Die kurator is in 'n sekere sin die verteenwoordiger van die skuldeisers. 'n Derde party wat nie *bona fide* glo dat 'n verteenwoordiger magtiging het nie, word nie beskerm indien die beweerde prinsipaal weier om aan die optrede gebonde te wees nie.

> "It is at least as important to the proper administration of the Act and the estates of solvent debtors that the trustee should not exceed his authority as it is that creditors should not be prejudiced. Indeed, for a trustee to exceed his authority will in most cases create the potential for prejudice to creditors" (714C–D).

Die regter is van oordeel dat, ongeag hoe opreg die koper glo dat die verkoop tot die voordeel van die skuldeisers is, daardie geloof nie die transaksie kan red indien die koper daarvan bewus was dat die kurator nie die nodige magtiging gehad het om die ooreenkoms te sluit nie. Ter stawing verwys die regter na artikel 82(7). Hy verduidelik dit só (714): As die koper van iemand gekoop het wat uit hoofde van hierdie subartikel nie bevoeg is om die boedelbate te verkry nie, maak die wet voorsiening daarvoor dat sy eie *bona fides* hom beskerm. Die *bona fides* in subartikel (7) is die *afwesigheid van kennis dat die verkoper 'n gediskwalifiseerde persoon is.* Geen ander *bona fide* vertroue sal die kontrak red nie. Om aan te toon dat die koopprys wat deur die gediskwalifiseerde persoon aan die boedel betaal is 'n goeie of redelike prys is, sal die koper nie baat nie. Daarom is die regter oortuig dat 'n persoon wat *bona fide* glo dat die kurator die nodige magtiging het om die transaksie aan te gaan maar *mala fide* met betrekking tot een of ander aspek van die verkoop is, nie op die beskerming van artikel 82(8) kan steun nie. Net so kan die koper wat *bona fide* met betrekking tot alle ander aspekte van die vervreemding van die bate is maar *mala fide* met betrekking tot die bevoegdheid van die kurator om die transaksie aan te gaan op die manier waarop dit gedoen is, nie op die beskerming van artikel 82(8) aanspraak maak nie. Met verwysing na die doel en betekenis van subartikel (7) kom die regter dus tot die gevolgtrekking dat die uitdrukking "goeie trou" in artikel 82(8) sekerlik die wye betekenis van eerlikheid omvat, maar daarby ook impliseer dat die koper nie beskerm is nie as hy met kennis daarvan dat die kurator sy bevoegdheid oorskry met betrekking tot die wyse waarop met die boedelbates opgetree word, nogtans met hom kontrakteer.

Die appellant (M) het in sy verklaring beweer dat die kurator uitdruklik in stryd met die opdragte van die skuldeisers opgetree het. Die tweede respondent (BM en koper van die eiendom) het nie in sy antwoordende verklaring laat blyk of hy van die kurator se onbevoegdheid om aan hom te verkoop, bewus was of

nie. Ook eerste respondent (S en kurator van die insolvente boedel) behandel geensins die kwessie van die verkoop as 'n *ultra vires* optrede nie. Die hof wys op 'n verdere belangrike aspek wat twyfel oor die koper se *bona fides* werp. Dit is die feit dat, alhoewel die koopprys 'n redelike prys kon wees, dit nooit betaal is nie. Slegs 'n deposito van 10% van die koopprys is betaal. Anders as die hof *a quo* wat hierdie feit nie as 'n aanduiding van die afwesigheid van *bona fides* beskou nie omdat daar nie bewys is dat die kurator ooit oordrag van die eiendom aan die koper getender het nie, bevind die hof nou dat dit die koper se plig was om die feit dat nie getender is nie, te beweer om ten minste die afleiding van kwade trou of wesenlike twyfel te weerlê. Sy versuim om dit te doen, regverdig die afleiding wat uit sulke eienaardige omstandighede teen hom ontstaan.

Regter Conradie toon aan dat BM ook nie verduidelik het waarom van die beoogde eksekusieverkoping afstand gedoen is en waarom 'n prys soos wat aangebied was, nie op die veiling bereik sou word nie. BM sê nie dat hy ten minste dieselfde prys op sodanige veiling sou betaal het nie. Tussen BM en S word geen verduideliking gegee vir S se versuim om die kontrak af te dwing nie. 'n Koopprys wat redelik is, is nietemin tot nadeel van die skuldeisers indien dit nie betaal word nie. As gevolg daarvan kan die boedel tog nie afgehandel word nie.

Wat volgens die hof ook teen BM tel, is die feit dat hy en die insolvent broers is. Dit versterk die afleiding dat die insolvent hierdie privaatverkoping geïnisieer het met die oog op 'n latere terugkoop van die eiendom en gevolglike benadeling van die skuldeisers.

Die hof kom tot die gevolgtrekking dat die koper nie daarin geslaag het om hom van sy bewyslas te kwyt nie.

Opsomming Dit is duidelik dat die eiendom van die insolvente boedel deur die kurator verkoop moet word, maar slegs indien dit nodig sou wees om die eise van die skuldeisers te bevredig. Is die skuldeisers se eise nog nie ten volle vereffen nie, moet die verkoping geskied op die wyse en volgens die voorwaardes wat deur die skuldeisers op die tweede skuldeisersvergadering bepaal word. Dit is die geval omdat artikel 82(1) van die Insolvensiewet aanwysend is wat betref die verkoping van bates uit die insolvente boedel. Indien die skuldeisers wel aanwysings gee oor die wyse waarop hierdie verkoping moet geskied, moet die kurator daaraan uitvoering gee. Indien die kurator strydig met artikel 82(1) van die wet en die besluit van die skuldeisers optree, handel hy onreëlmatig: sy handeling is *ultra vires*. Die insolvent kan hom in sodanige geval tot die hof wend om die optrede van die kurator ter syde te laat stel.

Die verkoop van bates strydig met die aanwysings van die skuldeisers, is nietemin geldig ingevolge artikel 82(8) indien die koper te goeder trou gekoop het. Die *onus* om goeie trou te bewys, rus op die koper. In hierdie artikel beteken goeie trou die afwesigheid van 'n bedoeling om die skuldeisers van die insolvente boedel te benadeel of om een skuldeiser bo 'n ander te bevoordeel. Dit is egter nie al nie. In die konteks van artikel 82 omvat "goeie trou" ook eerlikheid en opregtheid in die wýe sin van die woord. Dit impliseer, met verwysing na artikel 82(7), dat aan 'n koper nie beskerming verleen word nie as hy met 'n kurator onderhandel wetende dat laasgenoemde sy bevoegdheid in die wyse waarop hy die boedelbates hanteer, oorskry.

My standpunt met betrekking tot die beslissing van die hof *a quo* was dat die wye betekenis van die begrip "goeie trou" ook inhou dat die belange van die

insolvent beskerm moet word (1988 *THRHR* 259). Hy behou tog 'n wesenlike (terugvallende) belang in daardie boedel (sien die uitspraak van die hof *a quo* 335E). Daarom het hy 'n reg om toe te sien dat die boedel op die doeltreffendste wyse moontlik geadministreer word en bygevolg die bevoegdheid om hom na die hof te wend indien artikel 82(1) nie nagekom word nie. Ter illustrasie kan die volgende voorbeeld gebruik word: A verneem dat X se boedel gesekwestreer is. Hy vertel aan B dat hy definitief in die eindom van X belangstel en graag die veiling wil bywoon. Hy is bereid om R100 000 vir die eiendom te betaal. B, wat nie op 'n vriendskaplike voet met X is nie, is nie daarvan bewus dat die kurator deur die skuldeisers aangesê is om die eiendom op 'n openbare veiling te verkoop nie. Op grond van A se mededelings tree B met die kurator van X se boedel in verbinding en bied hom R90 000 vir die eiendom aan. Dit is R15 000 meer as die kurator se waardasie daarvan. B weet dat sy aanbod tot voordeel van die skuldeisers sal wees omdat elke skuldeiser dan volle betaling van sy eis sal kry. Hy is egter ook daarvan bewus dat as A R100 000 vir die eiendom sou betaal, X op die oorskot geregtig sal wees. Dit wil hy verhoed. Sal B in sulke omstandighede steeds met sy bewyslas ingevolge artikel 82(2) slaag as X hom met A se getuienis en die omringende omstandighede konfronteer? Na my mening behoort B nie te slaag nie. Indien B se bedoeling egter nie is om sodoende te verhoed dat daar 'n oorskot in die insolvente boedel bly nie, kan hy hom wel van sy bewyslas kwyt.

AL STANDER
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

KRISIS IN CARLETONVILLE: DIE BOHAAI OOR DIE PARKE

Waks v Jacobs en Stadsraad van Carletonville 1990 1 SA 913 (T)

Die besluit van die stadsraad van Carletonville om alle parke in blanke woongebiede vir die uitsluitlike gebruik van blankes aan te wys en die daaropvolgende uitspraak van die Transvaalse hooggeregshof waarin dié besluit ongeldig verklaar is, het heelwat opskudding veroorsaak. Dit is interessant om na te gaan hoe die hof hier te werk gegaan het.

Die feite van die saak was heel eenvoudig: die stadsraad van Carletonville het besluit dat alle parke in die dorp ingevolge die bepalings van artikel 2(1) van die Wet op Aanwysing van Aparte Geriewe 49 van 1953 vir die uitsluitlike gebruik van blankes voorbehou sou word. Die besluit word deur drie applikante op verskeie gronde aangeveg.

Die eerste vraag waaraan die hof aandag moes bestee, het gegaan oor die *locus standi* van die applikante. Die eerste applikant was 'n inwoner en belastingbetaler van Carletonville wie se ekonomiese belange nadelig getref is deur die boikotaksies wat uit protes teen die stadsraad se besluit geneem is. Daar was geen twyfel nie dat hy genoegsame belang in die regmatigheid van die stadsraad se optrede en veral in die wyse waarop munisipale fondse bestee is, gehad het. (Die

aanbring van kennisgewingbordjies wat die reservering van parke vir die gebruik van blankes aangekondig het, het blykbaar 'n oorbesteding van R1100-00 tot gevolg gehad.)

Die tweede aansoeker was 'n swart inwoner van die dorp Khutsong, wat buite die munisipale gebied van Carletonville geleë is. Sy aanspraak op *locus standi* was gebaseer op die handhawing van goeie menseverhoudinge en die beskerming van sy menswaardigheid. Die hof bevind dat dit nie voldoende is om *locus standi* te vestig nie. Dit is natuurlik alombekend dat ons reg nie die Romeinsregtelike *actio popularis* erken nie en dat die algemene belang van 'n lid van die publiek nie onvoorwaardelik kan dien om *locus standi* te vestig nie (kyk bv *Wood v Ondangwa Tribal Authority* 1975 2 SA 294 (A)). Dit is miskien jammer dat die applikant nie sy aanspraak gegrond het op die gebruik wat blykbaar lankal gevestig geraak het dat een besondere park, Proteapark, gereeld deur nieblankes gebruik word nie. Dan sou die hof dié interessante aangeleentheid van die moontlike vestiging van 'n belang deur gebruik of gewoonte moes oorweeg het (afhangende van die vraag of die applikant self van hierdie park gebruik gemaak het – dit blyk egter nie duidelik uit die uitspraak nie).

Die derde applikant was 'n Indiër wat belange besit in 'n besigheid wat as gevolg van die boikot finansiële verlies gely het en wat voorheen van die dorp se parke gebruik gemaak het. Die hof bevind dat hy deel uitmaak van die publiek ten behoewe van wie die stadsraad ingevolge artikel 63 van die Plaaslike Bestuursordonnansie 17 van 1939 (Tvl) die parke in trust hou en bevind hom dus in 'n soortgelyke posisie as die applikant in *Bamford v Minister of Community Development and State Auxiliary Services* 1981 3 SA 1054 (K). As lid van die publiek wat in die betrokke omgewing woon, besit hy dus genoegsame belang en het hy derhalwe ook *locus standi.*

Wat die regsgeldigheid van die raadsbesluit betref, het die hof die twee tersaaklike statutêre bepalings, naamlik artikel 63 van Ordonnansie 17 van 1939 en artikel 2(1) van die Wet op die Aanwysing van Aparte Geriewe 49 van 1953, onder oë geneem. Die ordonnansie verleen aan munisipaliteite beheer- en bestuursbevoegdhede oor onder andere parke, en bepaal dat eiendomsreg oor sodanige parke "berus by die raad in trust" om hulle oop te hou en in 'n goeie toestand te hou "vir die gebruik en tot voordeel van die inwoners". Aan die ander kant bepaal artikel 2(1) van Wet 49 van 1953 dat enigeen wat beheer uitoefen oor openbare persele sodanige persele vir die uitsluitlike gebruik van persone van 'n bepaalde ras kan aanwys wanneer hy dit dienstig ag.

Die vraag was of die twee bepalings met mekaar versoen kon word. Indien dit sou blyk dat die botsing onversoenbaar was, sou die ordonnansie moes wyk voor die parlementêre bepaling aangesien provinsiale wetgewing wat met 'n wet van die parlement bots, *ultra vires* is (kyk Steyn *Uitleg van wette* (1981) 290; Carpenter *Introduction to South African constitutional law* (1987) 428). Regter Eloff benadruk die beginsel dat 'n uitlegger moet poog om bepalings wat in hul toepassing strydig kan wees sover moontlik met mekaar te versoen. Hy meen dat die bepalings wel versoen kan word indien artikel 63 gelees word asof dit 'n voorbehoudsbepaling bevat dat sekere parke luidens artikel 2(1) vir die uitsluitlike gebruik van persone van een ras voorbehou kan word. Die alternatiewe uitleg, naamlik dat artikel 63 as 'n dooie letter beskou moet word, word verwerp. Artikel 63 besit dus steeds regskrag – onderworpe aan bogenoemde voorbehoud – in die sin dat dit in gedagte gehou moet word wanneer 'n plaaslike owerheid

oor die gebruik van 'n park besin. Met ander woorde, artikel 63 verplig die owerheid om die behoeftes en belange van *die publiek as geheel* en nie net 'n gedeelte daarvan nie, in ag te neem; waar 'n aanwysing ten gunste van 'n bepaalde ras ingevolge artikel 2(1) geskied in navolging van 'n bepaalde politieke ideologie en die aansprake van 'n aansienlike gedeelte van die publiek buite rekening gelaat word, word die oorhoofse doelwitte en aanwysings van artikel 63 geïgnoreer.

Daar is namens die respondente aangevoer dat artikel 2(1) wye diskresionêre bevoegdhede verleen waarmee die howe nie ligtelik sal inmeng nie. Dit is 'n erkende beginsel van ons administratiefreg dat die howe hulle nie uitlaat oor die meriete of die doenlikheid van 'n administratiewe besluit nie; soms word gesê dat die hof nie sy eie oordeel in die plek van dié van die administratiewe orgaan sal plaas nie. Dit doen egter nie afbreuk aan die howe se bevoegdheid, en inderdaad hul verpligting, om te kontroleer of die vereiste jurisdiksionele feite aanwesig was nie. Daar moet onderskei word tussen inmenging met 'n geldige uitoefening van 'n diskresie en 'n navraag of die omstandighede wat die uitoefening moet onderlê, aanwesig is. (Kyk Wiechers *Administratiefreg* (1984) 213:

> "Die bestaan van objektief vasstelbare feitelike omstandighede wat as grondslag en regverdiging vir administratiewe optredes geld, mag nie aan die subjektiewe oordeel van die administratiewe orgaan oorgelaat word nie";

en Rose Innes *Judicial review of administrative tribunals in South Africa* (1963) 112–113:

> "A jurisdictional fact, upon which the validity of an exercise of power depends, is for the decision of the court which decides upon the validity of the exercise of such power, and is not for the exclusive decision of the administrative tribunal, official or Minister who claims the power. Jurisdictional facts are justiciable by a court of review . . .")

Dit is wat die hof in die saak onder bespreking gedoen het: dit kan miskien met die eerste oogopslag lyk of daar met die meriete van die saak ingemeng is, maar in der waarheid het die hof gaan kyk of daar aan die jurisdiksionele feite (die "bykomende element" van artikel 63, soos die regter dit noem) aandag bestee is. Daar word op die agtergrond waartèen die besluit geneem is, ingegaan en bevind dat, benewens die blankes wat in Carletonville woon, daar groot getalle nie-blankes en veral swartes is wat binne en in die omgewing van die munisipale gebied woon en werk. Veral een park, Proteapark, is gereeld deur swartes gebruik om in hul etensuur te ontspan en in die buitelug te verkeer. Geen ander fasiliteite was vir hulle beskikbaar nie. Voordat die besluit van die stadsraad geneem is, was Proteapark, asook ander parke in die dorp, vir nie-blankes toeganklik en is deur hulle benut. Dit lei die hof om tot die gevolgtrekking te kom dat 'n groot persentasie van die lede van die publiek wat in die parke 'n belang gehad het nie-blankes was.

Namens die respondente is daar betoog dat die besluit om die parke vir almal behalwe blankes te sluit, gemotiveer is deur omstandighede wat as 'n oorlastoestand beskryf is: daar is klagtes ontvang dat swartes in die parke rommel strooi, rondlê, raas en dies meer. In een geval het die klagte betrekking gehad op 'n park wat geleë is in 'n omgewing waar baie alleenblydende vroue woon. Volgens die hof ontstaan die volgende vrae: Waarom het die raad besluit om *alle* parke vir blankes voor te behou terwyl die klagtes slegs op sekere parke betrekking gehad het? Waarom is Proteapark, die één park wat veral deur swartes gebruik is en ten opsigte waarvan geen klagtes ontvang is nie, vir hulle gesluit? (Dit blyk dat dié park, nòg voor die neem van die besluit, nòg daarna in enige

beduidende mate deur blankes gebruik is.) Waarom is die sluiting van parke vir die eerste keer oorweeg nadat 'n politieke bewindsverwisseling in die stadsraad plaasgevind het? (Volgens die hof noop dit die afleiding dat die filosofie van die betrokke party 'n wesenlike rol gespeel het in die neem van die besluit.) Waarom het die raad nie oorweging gegee aan die tref van maatreëls om die beweerde oorlas die hoof te bied voordat daar tot die drastiese stap wat wel gedoen is, oorgegaan is nie? Waarom is Kleurlinge en Asiërs ook van die gebruik van die parke uitgesluit aangesien die klagtes slegs op swartes betrekking gehad het?

Bogenoemde oorwegings lei die hof om te bevind dat die besluit nie werklik op 'n oorlas gegrond is nie. Die respondente se bewering dat die besluit "na oorweging van alle relevante oorweginge" geneem is, word ook verwerp omdat daar geen aanduiding is wat hierdie oorwegings sou wees nie. Hoewel die regter dit nie in soveel woorde sê nie, word daar gevolg gegee aan die beginsel dat geen diskresionêre bevoegdheid so wyd is dat dit in 'n lugleegte uitgeoefen kan word nie – die feite wat onderliggend aan die besluit is, moet daaruit blyk. (Vgl die uitspraak in *Hurley v Minister of Law and Order* 1985 4 SA 709 (D), waarin die hof onomwonde beslis dat "rede om te glo" objektief beregbaar is; dit beteken nie "dink hy het rede om te glo" nie. Die beginsel is presies dieselfde.)

Ook word daar namens die respondente betoog dat die meerderheid kiesers in die munisipale verkiesings aan die stadsraad 'n mandaat gegee het om die stappe te doen wat wel gedoen is. Hierop sê die regter dat kiesers vir kandidate stem en nie ten gunste van sekere stappe nie. Verder is dit ook so dat kiesers slegs 'n mandaat tot regsgeldige optrede kan gee; die feit dat kiesers 'n party wat 'n bepaalde beleid volg aan bewind stel, beteken nie dat ongeldige stappe wat ooreenkomstig hierdie beleid gedoen word, deur die kiesers se instemming "gered" word nie. Verder word beslis dat indien deur die betrokke argument te kenne gegee wil word dat die meerderheid blanke kiesers gestem het vir 'n party met 'n beleid dat parke slegs vir blankes toeganklik moet wees, steun dit die gevolgtrekking dat die stadsraad se besluit suiwer party-polities geïnspireer was en nie op die beweerde oorlas gegrond is nie. Weer eens word beklemtoon dat die stadsraad 'n wyer plig het as om bloot na die belange van die blanke kiesers om te sien. Dit is geen nuwe beginsel wat hier verkondig word nie: die bevordering van die openbare belang is onderliggend aan elke administratiewe handeling, van watter aard ook al (kyk bv Wiechers aw 83 84 86). Desnietemin is die beklemtoning van hierdie basiese waarheid in die uitspraak uiters waardevol, omdat dit baie maklik gebeur dat administratiewe organe hul plig om die openbare belang te dien, eng opneem as sou dit slegs betrekking hê op 'n sekere sektor van die gemeenskap (soos die kieserspubliek, of die meerderheid van die kiesers, of die blanke bevolking).

Die besluit van die stadsraad is dus eerstens aanvegbaar omdat irrelevante faktore die neem daarvan beïnvloed het. Die hof bevind voorts dat die raad onredelik opgetree het; die maatstaaf wat gebruik word, is dié wat gevind word in *African Realty Trust Ltd v Johannesburg Municipality* 1906 TH 179 182, naamlik

> "an unreasonableness so gross as to be inexplicable, except on the assumption of *mala fides* or ulterior motive".

Dit is onteenseglik waar dat hierdie maatstaf die tradisionele geregtelike benadering tot onredelikheid korrek weerspieël (kyk Wiechers aw 268 ev waar die aangeleentheid breedvoerig bespreek word). Nietemin is daar herhaaldelik gewys

op die tekortkominge van hierdie benadering wat slegs die subjektiewe gesindheid van die dader onder oë neem, en nie die objektief onredelike gevolge van die handeling nie. Die houding wat die hof in *Sinovich v Hercules Town Council* 1946 AD 783 802–803 ten opsigte van *wetgewende* administratiewe handelinge ingeneem het, naamlik dat

> "the law does protect the subject against stupid by-laws or regulations, however well intended, if their *effect* is sufficiently outrageous" (ek beklemtoon)

is te verkies; daar blyk geen rede te wees waarom dié beginsel nie ook vir suiwer administratiewe handelinge kan geld nie.

In der waarheid kan geargumenteer word dat die stadsraad nie *mala fide* in die suiwer sin van die woord opgetree het nie: daar kan immers aanvaar word dat die stadsvaders eerlik geglo het dat hulle binne hul bevoegdhede opgetree het, dat hulle geregtig was om die belange van blanke inwoners te "beskerm" en dat hulle slegs 'n plig teenoor die blanke kiesers gehad het en nie teenoor die algemene publiek (wat ook nie-blankes insluit) nie. Die besluit is gebaseer op bevoegdhede wat deur 'n wet van die parlement verleen is, en is ook in ooreenstemming met amptelike beleid wat baie jare lank gevolg is. Dit lyk derhalwe ietwat onregverdig om die raad se handeling as *mala fide* te bestempel. Tog was dit, geoordeel op die feite, 'n objektief onredelike besluit, wat 'n duidelike aanduiding is dat die ou tradisionele benadering heeltemal uitgedien is. Soos Wiechers ook aantoon (aw 286 ev), is *bona fides* nie 'n afsonderlike vereiste vir die geldigheid van 'n administratiewe handeling nie omdat alle sodanige handelinge te goeder trou verrig moet word. Om redelikheid met goeie trou gelyk te stel, dien dus geen doel nie. Wiechers (aw 214) stel dit soos volg:

> " 'n Orgaan se skynbare goedgeloof is dikwels niks anders as verbloemde onkunde of selfs nalatigheid nie."

Dieselfde geld vir aandagbesteding, wat insgelyks nie 'n afsonderlike geldigheidsvereiste is nie maar 'n oorkoepelende vereiste wat alle administratiewe handelinge onderlê.

Die Engelse administratiefreg, wat so lank as die stiefkind van die Engelse regswetenskap beskou is, ondervind tans 'n ongekende oplewing en dit kan net tot voordeel van ons eie administratiefreg strek om kennis te neem van die jongste ontwikkelings aldaar. In 'n insiggewende artikel ("Beyond *Wednesbury*: substantive principles of administrative law" 1987 *Public Law* 368) toon Jowell en Lester byvoorbeeld aan dat hoewel die begrippe "redelikheid" en "rasionaliteit" dieselfde wortels het, hul nie sinoniem is nie – onredelik beteken nie dieselfde as redeloos nie. Om redelikheid dus te koppel aan maatstawwe soos "unreasonableness so gross as to be inexplicable", soos in die *African Realty Trust*-saak *supra*, of "a decision . . . so unreasonable that no reasonable authority could have come to it", soos in die bekende Engelse saak van *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corp* 1948 1 KB 223 230, stel "onredelik" inderdaad gelyk aan "irrasioneel". Indien die Wet op Aparte Geriewe en die regeringsbeleid van die afgelope veertig jaar as 'n gegewe aanvaar word, kan daar nie gesê word dat die stadsraad van Carletonville irrasioneel opgetree het nie. Die stadsraad het egter wel onredelik gehandel: die gevolg van die handeling was naamlik dat mense wat voorheen sekere geriewe benut het, daardie gebruik ontneem is sonder dat hulle hoegenaamd geken is in 'n situasie waar geen alternatiewe fasiliteite beskikbaar was nie.

'n Verdere maatstaf by die bepaling van onredelikheid is proporsionaliteit; die gedagte dat aksie en reaksie in verhouding tot mekaar moet staan, dat belange teen mekaar afgeweeg moet word om ewewig te bewerkstellig, is ook niks nuuts in ons reg nie. In die administratiefregtelike verband impliseer proporsionaliteit

> "a reasonable relation between a decision, its objectives and the circumstances of a given case. It requires the pursuit of legitimate ends by means that are not oppressively excessive. It looks therefore to the substance of decisions rather than the way they are reached, but it also requires the decision-maker not manifestly to ignore significant alternatives or interests" (Jowell en Lester "Proportionality: neither novel nor dangerous" *Current Legal Problems Special Issue* 51 67).

Dit is presies wat van die stadsraad van Carletonville (en alle ander owerhede) vereis word.

Daar kan wel gevra word watter uitwerking die *Carletonville*-uitspraak kan hê op dié gevalle waar ingevolge die Wet op Aparte Geriewe opgetree word, maar die aangeleentheid nie deur 'n bepaling soos artikel 63 gedek word nie. Voorbeelde wat onmiddellik na vore kom, is busse, openbare toilette, bioskope en teaters. Dit is onteenseglik waar dat die hof heelwat betekenis aan die verpligting wat die ordonnansie oplê, geheg het. Indien 'n geskil oor aparte geriewe sou ontstaan wat nie deur 'n soortgelyke bepaling geraak word nie, is dit dus denkbaar dat die hof 'n eng benadering sou volg en die *Carletonville*-saak sou onderskei. Hopelik sal daar egter eerder opnuut gekyk word na die bepalings van artikel 2(1) van Wet 49 van 1953; daar word 'n wye diskresie verleen ("wanneer hy dit dienstig ag") en indien die beginsels wat in die *Carletonville*-uitspraak gestel is (in verband met die inagneming van die openbare belang en die behoeftes van die publiek as geheel en nie net 'n sekere sektor daarvan nie) op die besondere geval toegepas word, kan dit miskien net gebeur dat daar meer nougeset gekyk word na die omstandighede waarbinne 'n aanwysing "dienstig" geag word. Wanneer sal 'n redelike stadsraad dit dienstig ag om sekere geriewe vir 'n sekere deel van die gemeenskap voor te behou? Indien daar byvoorbeeld geen fasiliteite vir ander rasse verskaf word nie, sou dit moeilik wees om die afleiding te vermy dat daar nie voldoende aandag geskenk is aan dit wat die dienstigheid uitmaak nie, of dat *mala fide* opgetree is, of dat die owerheid sy bevoegdheid vir 'n ongeoorloofde doel gebruik het, of dat die aanwysing onredelik was. Selfs waar geriewe inderdaad vir al die bevolkingsgroepe bestaan, kan steeds geargumenteer word dat daar geldige redes moet bestaan voordat die voorsiening van *aparte* geriewe geregverdig sal wees. Daar kan nie sonder meer aanvaar word dat 'n aanwysing van aparte geriewe "dienstig" is ingevolge artikel 2(1) eenvoudig omdat die stadsraad besluit dat dit dienstig is nie. Die gronde waarop die besluit gebaseer is, oftewel die jurisdiksionele feite, moet duidelik blyk.

Met die bevinding van die hof in die *Carletonville*-saak kan nie fout gevind word nie. Indien dit waar is dat "hard cases make bad law", dan is die omgekeerde, naamlik dat regverdige beslissings "goeie reg" skep, ook geldig. In die algemeen sal dit goed wees as daar by owerheidsliggame en organe die besef tuisgebring word dat hulle in die belang van die publiek as geheel moet optree, en dat wanneer hulle hul bevoegdhede uitoefen daar in gedagte gehou moet word dat

"the administration does not exercise power on its own account, but in the interests of the general public – its function is to serve, not to rule" (Carpenter "An integrated approach to reasonableness in administrative law?" 1989 *SA Publiekreg* 261).

GRETCHEN CARPENTER
Universiteit van Suid-Afrika

HOF SE BEVOEGDHEID OM BLOEDTOETSE IN VADERSKAPGEDINGE TE GELAS

M v R 1989 1 SA 416 (O)

Aanvanklik het die howe (bv *Eynon v Du Toit* 1927 CPD 76 en *E v E* 1940 TPA 333) die standpunt gehuldig dat 'n ouer en sy of haar kind nie gedwing kan word om in gevalle van betwiste vaderskap bloedtoetse te ondergaan nie. Volgens Hahlo en Kahn (*South Africa: The development of its laws and constitution* (1960) 353) het hierdie opvatting tot gevolg gehad dat bloedtoetse nie veel in Suid-Afrika in vaderskapgedinge gebruik is nie.

Die belangrike beslissing in *Seetal v Pravitha* 1983 3 SA 827 (D) het hierdie situasie effens verander. Regter Didcott het naamlik beslis dat die hooggeregshof, as oppervoog van alle minderjariges, namens die minderjarige kan toestem tot die neem van bloedtoetse in gevalle waar die ouer weier. Die hof sal egter slegs sodanige toestemming gee indien dit in die beste belang van die minderjarige sal wees. Die hof het nie uitdruklik beslis of die moeder (of vader) gedwing kan word om bloedtoetse te ondergaan nie. Regter Didcott sê wel dat by die bepaling van die vraag of die hof inderdaad die bevoegdheid het om te gelas dat 'n volwassene bloedtoetse moet ondergaan, daar twee teenoorstaande belange is wat oorweeg moet word. Aan die een kant is daar die strewe na die waarheid en die publieke belang wat vereis dat die waarheid moet seëvier. Aan die ander kant is daar die individu se reg op liggaamlike integriteit en privaatheid wat beskerm moet word. Na gelang van die omstandighede sal die een belang altyd ondergeskik aan die ander gestel word.

Hierdie opmerking het die weg gebaan vir die gesaghebbende beslissing in *M v R*. In 'n goed geformuleerde uitspraak het regter Kotzé gehoor gegee aan die roepstemme wat bepleit het dat dit vir die hof in bepaalde omstandighede moontlik moet wees om bloedtoetse te gelas; hy sit die omstandighede waarin die hooggeregshof van sy inherente bevoegdheid gebruik sal maak om sowel ouer as kind te verplig om bloedtoetse te laat doen, duidelik uiteen.

Die feite van die saak bied trouens 'n goeie voorbeeld van die omstandighede wat só 'n bevel sal regverdig: M, die beweerde vader van S, en R, sy moeder, het op die aand van 29 Julie 1978 intiem met mekaar verkeer. In Januarie 1979 het R M meegedeel dat sy swanger is. M het daarop 'n dokument onderteken ingevolge waarvan hy verplig sou wees om R1 600 te betaal vir genoegdoening en toekomstige onderhoud vir die kind. (Volgens M het hy die dokument onderteken omdat hy 'n drankprobleem gehad het en nie die geld gehad het om hofsake te voer nie.) S is op 10 April 1979 gebore. Twee maande na S se geboorte

is M vir onderhoud gedagvaar. M het ingestem om onderhoud te betaal en vir die volgende agt jaar het hy maandeliks 'n bedrag van R120 aan R betaal sonder dat hy ooit 'n poging aangewend het om die kind te besoek. Na verloop van agt jaar is M deur R in kennis gestel dat sy 'n verhoogde bedrag van hom gaan verg. M het daarop besluit om aansoek te doen dat R en S verplig moet word om bloedtoetse te ondergaan ten einde te bepaal of M werklik die vader van S is. Uit die feite blyk verder dat R drie jaar na S se geboorte getroud is met 'n wewenaar, W, wat self twee kinders gehad het. Uit hierdie huwelik is nog 'n seuntjie gebore. S is onbewus daarvan dat M sy beweerde vader is; hy aanvaar W as sy vader en word binne 'n gelukkige gesinsverband groot. Die hof oorweeg in die eerste plek of hy die bevoegdheid het om te gelas dat die minderjarige aan bloedtoetse onderwerp moet word en of só 'n bevel in belang van die minderjarige sal wees.

Die hof bevestig die beginsel, soos ook in *Seetal v Pravitha supra* gestel, dat die hooggeregshof, as oppervoog van alle minderjariges binne sy gebiedsgrense, oor die regsbevoegdheid beskik om in gepaste omstandighede te gelas dat 'n minderjarige aan bloedtoetse onderwerp moet word. Dit kan die hof doen indien so 'n bevel die minderjarige tot voordeel sou strek of in sy belang sou wees. Die toets wat aangewend moet word om te bepaal wat tot voordeel van die minderjarige is, behels dat die minderjarige se belange (alhoewel hulle nie die enigste is wat in ag geneem word nie) die deurslaggewende en oorheersende faktor is en dat alle ander oorwegings 'n ondergeskikte rol moet speel.

Die hof verwerp die getuienis van M dat hy bereid is om, indien die uitslag van die bloedtoetse hom positief as die vader van S aanwys, alle verantwoordelikhede van sy vaderskap te aanvaar. Hierdie verklaring kom vir die regter vreemd voor daar M vir nege jaar nie eers die moeite gedoen het om te gaan kyk hoe die kind lyk nie.

Die hof verwerp ook R se argumente dat die neem van bloedtoetse S se skoolbywoning sal ontwrig, dit tot skinderstories sal lei en dat syself nie kans sien om 'n hele dag op te offer nie. Regter Kotzé bevind egter dat selfs al sou R in die onderhawige saak nog meer moes opoffer as wat inderdaad die geval was, S se belange steeds voorrang sou moes geniet het. Wanneer daar dus 'n botsing tussen die belange van 'n moeder en dié van haar kind is, behoort die kind se belange altyd vooropgestel te word. In beginsel behoort 'n ouer se reg op privaatheid dus altyd negeer te word waar die kind se belange op die spel is. Sodoende stel die hof 'n ouer se belange ondergeskik aan dié van sy kind.

Om die belange van S te verteenwoordig, het die hof 'n kurator *ad litem* aangestel. Die hof oorweeg die kurator se argumente dat die neem van bloedtoetse (moontlik) nie tot S se voordeel sal wees nie: dit kan hom naamlik sonder 'n identifiseerbare vader laat en hy kan die voordeel van die onderhoud verloor indien die toetse sou bewys dat M nie sy vader is nie. Die hof verwerp egter hierdie argumente omdat S in elk geval tans vir W as sy vader beskou. Hoewel regter Kotzé dit nie nodig vind om M se argument – dat geregtigheid nie gedien sal word as hy 'n ander man se kind moet onderhou nie – te bespreek nie (421I–422B), sê hy nogtans dat waar onderhoud verkeerdelik van 'n man wat nie werklik die vader is nie, afgedwing word, dit nie 'n voordeel is wat deur die hof in ag geneem en beskerm kan word nie (422H).

Dit is nietemin vir die hof van deurslaggewende belang dat voordat R en haar eggenoot vir S vertel van M, daar eers met soveel sekerheid as moontlik vasgestel

moet word of M werklik die vader van S is. Die hof is van mening dat 'n gevoel van sekuriteit baie belangrik vir 'n kind se ontwikkeling en geluk is en dat daar daarom vasgestel moet word wie S se werklike vader is voordat hy dalk by iemand anders hoor dat hy 'n ander vader as W het.

Die hof oorweeg verder die vraag of hy die regsbevoegdheid het om R teen haar sin te dwing om haar aan bloedtoetse te onderwerp. Die hof beslis dat hy wel oor sodanige inherente jurisdiksie beskik omdat dit oor 'n prosesregtelike aangeleentheid gaan.

Sonder 'n bevel dat R haar ook aan bloedtoetse moet onderwerp, het dit geen sin om 'n monster van S se bloed te laat neem nie. Dit is in S se belang dat betroubare inligting bekom word oor wie sy werklike vader is. Die bloedtoetse sal met 99,9% sekerheid kan aandui of M wel die vader is of nie. Boonop sal die resultaat van die toetse in 'n geregshof as toelaatbare getuienis ontvanklik wees. Dit is dus in S se belang dat R gedwing word om haar aan bloedtoetse te onderwerp.

Voorts is dit in die publieke belang – en elke regterlike beampte se strewe – om by die waarheid uit te kom. Daar moet goeie redes bestaan vir 'n weiering om in siviele sake gebruik te maak van getuienis wat 'n groot waarborg vir die waarheid inhou, veral waar die Strafproseswet 51 van 1977 in artikels 37(2) en 225(2) daarvoor voorsiening maak dat persone in strafsake gedwing kan word om bloedmonsters te laat neem. Die vraag is dan of die moeder se reg op privaatheid so 'n goeie rede daarstel. Die hof se houding is dat die inbreukmaking op die moeder se reg op privaatheid nie voldoende is om getuienis te weier wat deur middel van die bloedtoetse bekom is nie. Dit is ondenkbaar dat die publieke belang in die waarheid en die belang van haar kind moet swig voor die moeder se reg op privaatheid.

Op gesag van *Universal City Studios Inc v Network Video* 1986 2 SA 734 (A) beslis die hof dat hy wel 'n inherente jurisdiksie het om in hierdie geval te beveel dat die vrou 'n bloedmonster moet laat neem; so 'n bevel is bloot 'n getuienisbron wat kan help om die waarheid te laat seëvier en is in daardie sin 'n prosesregtelike aangeleentheid.

In die laaste plek sê die hof dat R vir S die wêreld ingebring het en dat sy daarom verplig is om sy belange op die hart te dra. Haar subjektiewe beskouing oor haar eie en S se belange moet wyk voor die hof as oppervoog se objektiewe beskouing omtrent S se beste belange; sy is dus verplig om haar samewerking te verleen ten einde S se belange te beskerm.

Hierdie uitspraak moet beslis verwelkom word. 'n Geruime tyd al word stemme gehoor dat die hof 'n diskresionêre bevoegdheid moet hê om die neem van bloedtoetse in vaderskapgedinge te gelas. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie (*Verslag oor die ondersoek na die regsposisie van buite-egtelike kinders*) het eweneens besef dat dit nodig kan wees om ouers te dwing om bloedtoetse te laat doen. Vanweë praktiese probleme het die kommissie daarteen besluit om aan te beveel dat bloedtoetse in alle gevalle verpligtend moet wees. Die kommissie het egter 'n aanbeveling gedoen wat op indirekte wyse daarop neerkom dat partye in 'n vaderskapgeding gedwing kan word om bloedtoetse te laat doen. Hierdie aanbeveling is vervat in artikel 2 van die Wet op Status van Kinders 82 van 1987. Die artikel skep naamlik 'n weerlegbare vermoede dat indien 'n party in 'n vaderskapgeding weier om homself of die kind aan bloedtoetse te onderwerp,

sodanige weiering daarop gemik is om die waarheid aangaande die vaderskap van die kind te verberg. Ook Labuschagne ("Biogenetiese vaderskap: bewysregtelike en regspluralistiese problematiek" 1984 *De Jure* 324), Cassim ("Need for reform: compulsory blood tests in paternity issues" 1986 *De Rebus* 386) en Thomas ("News and views: Investigation into the legal position of illegitimate children" 1985 *De Rebus* 338 341) het al die wenslikheid daarvan ingesien dat die howe die bevoegdheid moet hê om die neem van bloedtoetse in bepaalde omstandighede te gelas.

Daar moet egter steeds onthou word dat elke saak volgens die feite beslis sal word en dat dit onmoontlik is om te sê dat die algemene reël in vaderskapgedinge nou is dat die hof die partye sal dwing om bloedtoetse te ondergaan. Daar sal steeds in elke geval bepaal moet word of die verpligte neem van bloedtoetse in die besondere geval tot voordeel van die minderjarige sal wees. Regter Kotzé maak in hierdie verband die baie belangrike opmerking (421B–E) dat by die bepaling van wat in die kind se belang sal wees, dit nie genoegsaam is om net op die kind se onmiddellike omstandighede te let nie. Die bevel waarmee die hof die neem van bloedtoetse gelas, is 'n bevel wat verreikende gevolge oor 'n baie lang termyn kan hê. Die hof moet dus by oorweging van die saak ook die invloed wat die gevolge op die kind oor die termyn kan hê, in ag neem. Hierdie saak bied dan ook 'n baie mooi voorbeeld van die rol wat 'n langtermyn-gevolg by die hof se uiteindelike besluit speel: die geestelike letsels wat die kind in die proses kan opdoen, sy sekuriteitsgevoel en sy geluk is faktore wat baie swaar by die hof weeg, te meer omdat hulle jare na die verlening of weiering van die bevel steeds 'n invloed op die kind se welsyn kan uitoefen; die hof moet daarom deeglik rekening hou met die invloed van sy beslissing op die geestelike ontwikkeling van 'n weerlose kind. Hierdie benadering word heelhartig onderskryf. Ons leef in 'n verwarde en gejaagde tyd waarin 'n sekuriteitsgevoel en gelukkige gesinsverband dikwels die minderjarige se enigste anker is. Wanneer die hof as oppervoog van die minderjarige 'n besluit moet neem oor die verlening van 'n bevel wat die minderjarige en sy ouer sal verplig om bloedtoetse te neem, is die kind se geestelike welsyn en sy gevoel van sekuriteit daarom seker een van die belangrikste faktore by die bepaling van wat in sy belang is. Hierbenewens is die volgende woorde van regter Kotzé insiggewend (421F–G):

> "Dit is my mening . . . dat die minderjarige se belang nie die enigste nie maar wel die deurslaggewende of oorheersende rigsnoer, waarteenoor alle ander oorwegings 'n ondergeskikte rol speel, moet wees."

Hierdie standpunt kan as billik bestempel word. Elke geval wat voor die howe dien, is uniek en juis op hierdie gebied is dit nodig dat die reg soepel en buigsaam genoeg moet wees om geregtigheid te laat geskied. Om bloot te sê dat die belange van die minderjarige die enigste faktor is wat in oorweging geneem kan word, is om die reg sy soepelheid te ontneem en die werklikheid dat elke geval op eie meriete beoordeel moet word, te ontken.

'n Laaste opmerking: Dit gebeur dikwels dat die reg nie tred hou met die snelle ontwikkelings op veral mediese en tegnologiese gebied nie. Die vooruitgang wat op hierdie gebiede gemaak word, is dikwels so verbysterend dat die stadige masjinerie van regsontwikkeling selde of ooit daarmee kan tred hou. Daarom is dit verblydend om te sien dat regter Kotzé nie aan die verlede vasklou nie maar bereid is om die besondere bloedtoetse wat vandag uitgevoer word,

te aanvaar: die moontlikheid dat daar in die toekoms selfs van DNA-vingerafdrukke gebruik gemaak sal kan word, word sodoende nie uitgesluit nie.

Daar word in oorweging gegee dat hierdie uitspraak navolgenswaardig is en dat die howe in die toekoms met vrug van regter Kotzé se argumente kan kennis neem.

RENETTE DU PLESSIS
Universiteit van Suid-Afrika

RELATIEWE PRIVILEGIE AS VERWEER BY LASTER: ONWARE BEWERINGS EN DIE ROL VAN MOTIEF

McPhee v Hazelhurst 1989 4 SA 551 (N)

Die feite van hierdie saak was kortliks die volgende. Die eiser, 'n voormalige lidmaat van 'n gemeente van die Jehova Getuies, is deur 'n geregtelike komitee, bestaande uit al die ouderlinge van sy gemeente, op grond van opstandigheid ("rebelliousness") sy lidmaatskap ontneem. 'n Komitee van appèl is toe benoem, bestaande uit die vier verweerders, wat 'n verslag moes opstel vir voorlegging aan die hoofkantoor van die Jehova Getuies in Suid-Afrika. Tydens die sitting van laasgenoemde komitee was sowel die geregtelike komitee van die gemeente as die eiser – wat ten volle aan die verrigtinge deelgeneem het – teenwoordig. Op grond van lasterlike stellings wat na bewering in die verslag van die komitee van appèl vervat was, stel die eiser 'n vergoedingseis ten bedrae van R400 000 teen die verweerders in.

Ten aanvang aanvaar regter Wilson (sonder om so te beslis) dat die gewraakte stellings lasterlik jeens die eiser was (554H–I). Hy laat nietemin hierop volg (554–555):

> "The defendants pleaded in the alternative that the statements were published in the discharge of a right or duty to the headquarters which had a corresponding right or duty to receive their statements. To this there was no replication. It would thus appear on the pleadings that the defendants have raised the plea of qualified privilege. In these circumstances the defendants must prove not only that the statements were made on a privileged occasion, but that the statements were in some measure relevant to or germane to the purposes of the occasion. In this regard I refer to the judgment in *Ehmke v Grunewald* 1921 AD 575 at 581 which deals with the question of when qualified privilege exists, and *De Waal v Ziervogel* 1938 AD 112 at 120–3 . . .
>
> Once the defendant has proved that the occasion was a privileged one it is for the plaintiff to rebut this defence. He can do so as was set out in *Ehmke v Grunewald* (*supra* at 584) by proving that the defendant in producing the statement was actuated either by actual ill will to the plaintiff or by some indirect and improper motive which would establish the existence of *animus injuriandi*, or as was set out in *De Waal v Ziervogel* (*supra* at 127) where it was held 'that the plaintiff must prove that the defendant's motive in making the communication was not a sense of duty or the desire to protect an interest but some improper motive' . . .
>
> The defence of qualified privilege is not bound up with the truth of the averments published. As was said by the Appellate Division in *Borgin v De Villiers and Another* 1980 (3) SA 556 (A) at 578–9: 'The defence of qualified privilege is, however, not concerned with the truthfulness or otherwise of the publication, though proof that the defendant did not believe that the facts stated by him were true may give rise to the inference

> that he was actuated by express malice (see *Monckten v British South Africa Company* 1920 AD 324 at 332; *Basner v Trigger* 1946 AD 83 at 105). But the truthfulness or otherwise of the statements has no bearing on whether they were germane to the occasion or not. Secondly, the effect of including in a publication made on a privileged occasion statements which are not germane to it is to cause *such statements* to lose the protection of the privilege . . .' "

Regter Wilson kom tot die bevinding dat daar *in casu* wel 'n bevoorregte geleentheid bestaan het en dat die verweerders binne die perke daarvan opgetree het – enersyds omdat die gewraakte bewerings relevant vir doeleindes van die geleentheid was, en andersyds omdat die verweerders *bona fide* was en dus nie met 'n onbehoorlike motief gehandel het nie. Gevolglik wys hy die eis van die hand.

Twee aspekte van die uitspraak verdien nadere beskouing:

(a) Die eerste is die opvatting dat die "defence of qualified privilege is not bound up with the *truth* of the averments published" (555F; my kursivering; sien ook die *Borgin*-saak *supra* 578–579; vgl nietemin *Kennel Union of Southern Africa v Park* 1981 1 SA 714 (K) 729–730). Hierdie opvatting kan nie ongekwalifiseerd aanvaar word nie. Om dit te verduidelik, moet enigsins uitgewei word. Ten einde met die verweer van relatiewe privilegie te kan slaag, moet die verweerder – soos die regter tereg daarop wys – eerstens aantoon dat 'n bevoorregte geleentheid bestaan het, oftewel dat 'n ooreenstemmende plig of belang om die lasterlike bewerings te kommunikeer sowel as te verneem by die partye aanwesig was. Aangesien dit hier oor 'n regverdigingsgrond en dus die vraag na die regmatigheid of nie van die gewraakte optrede gaan (vgl Neethling *Persoonlikheidsreg* (1985) 66–68 137), word die bestaan van die plig of belang tereg *objektief* volgens die *redelike man-maatstaf* deur die regspraak beoordeel (sien bv die *Borgin*-saak *supra* 577E–F; *De Waal v Ziervogel supra* 122–123; *Jordaan v Van Biljon* 1962 1 SA 286 (A); Neethling 140).

Staan dit vas dat 'n bevoorregte geleentheid bestaan het, moet die verweerder voorts aantoon dat hy binne die perke of grense van die privilegie opgetree het. Om dit te doen, moet hy bewys dat die lasterlike bewerings relevant of tersaaklik was tot, of redelikerwys verband gehou het met, die nakoming van die verpligting of die waarneming van die belang (sien bv *Jasat v Paruk* 1983 4 SA 728 (N) 733; *Vincent v Long* 1988 3 SA 45 (K) 49; die *Borgin*-saak *supra* 578–579; Neethling 141). Anders as in die geval van die bepaling van die plig of belang, bestaan daar egter onsekerheid of die vraag na relevansie objektief (volgens die redelikheids- of redelike man-maatstaf, soos in *Blumenthal v Shore* 1948 3 SA 671 (A) 681–682; vgl ook die *Borgin*-saak *supra* 579D waar van die "bounds of reasonableness" in die huidige verband gepraat word) dan wel subjektief (volgens die insig van die dader, soos in *Lotter v De Villiers* 1946 TPD 569 579) beoordeel moet word. In *Mopelo v Achterberg* 1943 AD 85 97–98 het die appèlhof ook die twee benaderings vermeld maar nie vir een daarvan kant gekies nie. Myns insiens is die objektiewe benadering te verkies – per slot van sake gaan dit steeds om die *regmatigheid* al dan nie van die lasterlike publikasie.

Dit is dan ook in hierdie lig dat die stelling (hierbo) dat die waarheid of nie van lasterlike bewerings vir doeleindes van die verweer van privilegie ontersake is, beoordeel moet word. Onware of valse bewerings behoort naamlik slegs as relevant ("germane") aangemerk te word indien daar, objektief gesien, redelike gronde aanwesig was wat op die waarheid daarvan gedui het en die redelike man hulle daarom as waar – en, moet bygevoeg word, as relevant – sou beskou

het (sien ook Neethling 142). In sodanige omstandighede is die feitelike onwaarheid dan inderdaad ontersake. Daarenteen, indien lasterlike bewerings redelikerwys onwaar blyk te wees, behoort hulle op 'n oorskryding van die perke van die privilegie te dui aangesien die redelike man nie sodanige onware bewerings as relevant sou beskou het nie. So gesien, behoort die opvatting in die *Borgin*-saak *supra* 579 dat "the truthfulness or otherwise of the statements has no bearing on whether they were germane to the occasion or not" gekwalifiseer te word. *In casu* skyn regter Wilson hierdie benadering te onderskryf. Hy verklaar naamlik (557J-558A en 558C) onder andere

> "that I am satisfied on a consideration of [the documents handed in] that there were *grounds* on which the appeal committee could *reasonably* have come to the conclusion that the plaintiff had been rebellious . . . I am not making a finding that these complaints were true" (my kursivering; vgl ook 559C).

Die regter pas dus die objektiewe redelikheidsmaatstaf toe ten einde tot 'n bevinding aangaande die waarheid (en relevansie) van die lasterlike bewerings te kom.

Hoe dit ook al sy, in die algemeen staan die regspraak op die standpunt dat onware bewerings nie die privilegie uitsluit nie mits die verweerder maar 'n *bona fide* geloof – ongeag daarvan of dié geloof op redelike gronde gebaseer is of nie – in die waarheid daarvan gehad het. In *Carbonel v Robinson & Co (Pty) Ltd* 1965 1 SA 134 (D) 151 word bv verklaar:

> "A defendant who claims privilege is entitled to succeed if he acted in good faith, and had a genuine belief in the truth of his statements, even if the belief was founded on nothing but hearsay or was a foolish one."

(Vgl ook *Redelinghuys v Geidel (2)* 1963 4 SA 912 (W) 917 en die beslissings aangehaal deur Neethling 143 vir die laaste voorbeeld in vn 74.) Hierdie beskouing is egter vatbaar vir kritiek. Soos gestel, is die toets vir onregmatigheid in ons reg objektief – hier dié van die redelike man. Daarom behoort die subjektiewe *geloof* van die verweerder, redelik al dan nie, dat die gewraakte bewerings waar (of relevant) is, in hierdie verband geen rol te speel nie. Sodanige *dwaling* kan hoogstens op afwesigheid van *skuld* dui (sien hieroor Neethling 160–162). Wat wel waar is, is dat die feit dat die verweerder *nie* in die waarheid van die bewerings geglo het nie, op "malice" of *onbehoorlike motief* kan neerkom. So gesien, kan die verweerder se *ongeloof* in die waarheid wel die onregmatigheidsoordeel beïnvloed. Hierop word vervolgens ingegaan.

(b) Die tweede aspek van die uitspraak wat onder die loep geneem moet word, is die stelling dat die bewys dat die verweerder "was actuated either by actual ill will to the plaintiff or by some *indirect or improper motive . . . would establish the existence of animus injuriandi*" (555C; my kursivering). Indien regter Wilson hiermee te kenne gee dat motief en *animus iniuriandi* of opset sinonieme is, moet met hom verskil word. Motief dui in die algemeen op die *beweegrede* vir iemand se optrede en moet nie met opset verwar word nie. Opset is 'n regstegniese begrip wat gewilde optrede omvat wat volgens die bewussyn van die dader onregmatig is; motief daarenteen verwys na die rede waarom iemand op 'n sekere wyse optree, dit wil sê na byvoorbeeld die doel wat hy wil bereik, sy begeerte, of die agtergrond vir die vorming van sy wil. 'n Persoon kan gevolglik, nieteenstaande die feit dat hy na sy mening 'n goeie motief het, steeds opsetlik optree (byvoorbeeld waar hy 'n ander doodmaak om hom lyding te bespaar). Daarenteen kan opset ontbreek by 'n persoon wat 'n kwaadwillige

motief het maar desnietemin glo dat sy optrede regtens geoorloof is (sien Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1989) 34 vn 36 109–110; Neethling 108; Van der Walt *Delict: Principles and Cases* (1979) 61–62; *Esterhuizen v Administrator, Tvl* 1957 3 SA 710 (T) 722). Joubert en Van der Walt (1967 *THRHR* 376–377) illustreer hierdie stelling treffend met die volgende voorbeeld:

> "Gestel 'n landdros vind 'n beskuldigde skuldig aan die misdaad hom ten laste gelê en rig, terwyl hy die vonnis oplê, die volgende woorde aan hom: 'Jy het jou soos 'n skurk en 'n smeerlap gedra en ek waarsku die gemeenskap dat hierdie soort gedrag in die toekoms in 'n ernstige lig beskou sal word.' Die landdros sal hom seker op privilegie kan beroep. Gestel egter hy het die man onskuldig bevind maar rig dieselfde woorde aan hom omdat hy die vent wat so gelukkig was om by gebrek aan voldoende getuienis onskuldig bevind te word, darem die waarheid wil laat hoor. Nou handel hy teenoor 'n regtens onskuldige persoon met 'n ongeoorloofde oogmerk, met *malice*. Hy handel buite sy relatiewe privilegie. Dit maak die landdros nog nie *skuldig* in die sin dat daar by hom juridiese opset was nie. Hy kan as verweer aanvoer dat hy eerlik gemeen het dat hy geregtig was om die beskuldigde so te vermaan. Sou hy in 'n uitsonderingsgeval met hierdie verweer slaag, dan kan op hom, ten spyte van sy ongeoorloofde oogmerk, geen genoegdoening verhaal word nie."

Ondanks die materieelregtelike verskille tussen motief en opset, kan motief nogtans van *bewysregtelike* belang by opset wees: dit kan naamlik as bewysmateriaal dien dat iemand opset gehad het. Dit is waarom die ondersoeker van byvoorbeeld 'n moordsaak geïnteresseerd is om vas te stel wie 'n motief of rede sou hê om die oorledene te dood aangesien so 'n motief ook kan bewys dat 'n verdagte inderdaad opset gehad het. Dieselfde geld ten aansien van die deliktereg by laster, privaatheidskrenking ensovoorts. Motief kan veral ook 'n rol in die bewys van onregmatigheidsbewussyn speel. So kan in die algemeen verklaar word dat 'n bose motief (*mala fides*) gewoonlik op onregmatigheidsbewussyn dui terwyl 'n goeie motief (*bona fides*) normaalweg weer die teenoorgestelde effek het (sien Neethling, Potgieter en Visser 110).

Afgesien van die bewysregtelike betekenis by opset, het motief (oftewel kwaadwillige of onbehoorlike motief, *malice* of *animo nocendi*), soos bekend, veral 'n rol te speel by onregmatigheid in die sin dat dit aanduidend van onregmatigheid kan wees. Met betrekking tot laster in die besonder dui 'n kwaadwillige motief op die oorskryding van die perke van die regverdigingsgronde relatiewe privilegie (soos die regter *in casu* (555B–C) tereg aandui) en billike kommentaar (sien in die algemeen Neethling 142–143 145 147 152). Hierop word nie verder ingegaan nie. Dit is voldoende om te sê dat indien die eiser wel daarin geslaag het om te bewys dat die verweerder die lasterlike bewerings met 'n onbehoorlike motief gepubliseer het, dan staan onregmatigheid vas en ontstaan daar 'n (weerlegbare) *vermoede* dat die verweerder *animo iniuriandi* gehandel het. Anders dus as wat regter Wilson te kenne gee (555C), "establish" of vestig motief beslis nie *animus iniuriandi* nie.

J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

BOEKE

SUID-AFRIKAANSE HANDELSREG

Redakteur SR VAN JAARSVELD

Derde uitgawe volume 1; Lex Patria Johannesburg Kaapstad 1988; xx en 1035 bl

Prys R92,50 + AVB (slegs hardeband)

Die eerste volume van die derde uitgawe van hierdie nou reeds bekende werk bevat al die stof wat in die eerste volume van die tweede uitgawe gedek is. Daarbenewens is die grootste deel van die tweede volume van die tweede uitgawe nou ook in die eerste volume van die derde uitgawe opgeneem. Volgens die voorwoord word die drie volumes van die tweede uitgawe in twee volumes gekonsolideer. 'n Welkome toevoeging tot die nuwe uitgawe is 'n bespreking van die faktoreringskontrak. Sover my bekend is dit die eerste keer dat hierdie onderwerp in 'n handboek aandag kry.

Benewens 'n algemene inleiding word die volgende onderwerpe bespreek: algemene kontraktereg (deur DJ Joubert, JM Otto en NJ Grové); verteenwoordigingsreg (SR van Jaarsveld); koopreg (SR van Jaarsveld en A Boraine); kredietooreenkomste (JM Otto); huurreg (JN Piek); verbruikersbeskerming (TAR van Rhijn); arbeidsreg (SR van Jaarsveld en PJ Vivier); versekeringsreg (WN Coetzee, RCD Franzsen en PJ Vivier); sekerheidstelling (TJ Scott); werkaannemingsreg (SR van Jaarsveld); arbitrasiereg (PW du Plessis); vervoerreg (WN Coetzee); en die faktoreringskontrak (NL Joubert). Weens die omvang van die veld wat gedek word, sal volstaan word met 'n paar selektiewe opmerkings oor die inhoud.

Wat die algemene inleiding betref, kon miskien (12) net daarop gewys gewees het dat 'n verdere vlak van regspraak deur die Wet op Howe vir Klein Eise 61 van 1984 daargestel is. Die jurisdiksie van die landdroshowe, wat op 13 uiteengesit word, is aansienlik verhoog deur die Wysigingswet op Landdroshowe 25 van 1987 (gelees met Regeringskennisgewing R2736 van 1987-12-11). Hierdie verhogings in jurisdiksie het egter klaarblyklik te laat gekom om nog in die werk geïnkorporeer te word.

Die afdeling oor die algemene kontraktereg is kernagtig en op die punt af. Die skrywers slaag daarin om die veld in 'n relatief beperkte ruimte goed te dek. Wat die kwessie van kontraksluiting oor die telefoon betref (36–37), word verwys na die verskil van mening tussen *Wolmer v Rees* 1935 TPD 319 en *Tel Peda Investigation Bureau (Pty) Ltd v Van Zyl* 1965 4 SA 475 (OK), maar die beslissing van die appèlhof in *S v Henckert* 1981 3 SA 445 (A) nagelaat. In hierdie beslissing het die appèlhof finaliteit gebring oor die vraag waar en wanneer die kontrak in so 'n geval tot stand kom (sien ook die aantekening deur Olmesdahl 1984 *SALJ* 545).

Na my oordeel behoort die bespreking van die voorkoopreg en opsie (373–375; in die gedeelte oor koopreg) by die bespreking van die opsie (39) ingewerk te word. Dit gaan per slot van rekening oor algemene kontrakteregbeginsels; "voorkoopreg" is ook maar 'n verskyningsvorm van 'n wyer begrip (vgl *Soteriou v Retco Poyntons*

(Pty) Ltd 1985 2 SA 922 (A); *Hirschowitz v Moolman* 1985 3 SA 739 (A)). Wat opsies betref, word die stelling (40 vn 99) gemaak dat die opsiehouer in geval van kontrakbreuk deur die opsiegewer die verskil tussen die prys en die waarde van die "opsiesaak" as skadevergoeding kan eis. As gesag word *Sommer v Wilding* 1984 3 SA 647 (A) aangehaal. Die hof het egter duidelik aangetoon dat hierdie wyse van berekening van skadevergoeding slegs gepas is indien dit blyk dat die opsie uitgeoefen sou gewees het.

Die tweede beslissing wat in voetnoot 165 op 50 aangehaal word, is nie gesag vir die stelling dat 'n regsdwaling nie as grondslag vir 'n beroep op dwaling by kontraksluiting kan dien nie. Die verwysing na die beslissing is ook nie korrek nie.

In verband met die kwessie van skadevergoeding weens nalatige wanvoorstelling in kontraktuele verband (55) is nie kennis geneem van *Autorama (Pvt) Ltd v Farm Equipment Auctions (Pvt) Ltd* 1984 3 SA 483 (ZHC) en *Kroon v JL Clark Cotton Co (Pty) Ltd* 1983 2 SA 197 (OK) nie. In albei gevalle is aanvaar dat 'n eis in hierdie omstandighede wel ontvanklik is; die *Kern Trust*-beslissing wat in voetnoot 202 vermeld word, word dus gevolg. Die metode van berekening van skadevergoeding weens wanvoorstelling (veral in gevalle van *dolus incidens*) word darem te oppervlakkig beoordeel (55–56). Veral wat die bewyslas in hierdie verband betref, is 'n nuwe rigting in *Colt Motors (Edms) Bpk v Kenny* 1987 4 SA 378 (T) ingeslaan (sien ook die bespreking van Lotz 1988 *THRHR* 92). Hierdie beslissing was ongelukkig te laat om in die boek opgeneem te word.

Daar is (67) nie kennis geneem van wysigings van die bouverenigingswetgewing wat in 1986 deurgevoer is nie. Die bevoegdhede wat 'n minderjarige bo 16 jaar aan hierdie wetgewing ontleen, verskyn nou in artikel 68 (1) van die Wet op Onderlinge Bouverenigings 24 van 1965 en artikel 100 van die Wet op Bouverenigings 82 van 1986. By die lys van uitbreidings van 'n minderjarige se handelingsbevoegdheid kan ook nog artikel 23(b) van die Bankwet 23 van 1965 gevoeg word.

Die stelling (117) dat sessie 'n kontrak is, is eenvoudig verkeerd, al is dit so dat die appèlhof (vgl bv *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v The Master* 1987 1 SA 276 (A) 294E–F; *Kalil v Decotex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 943 (A) 970J–971A) by geleentheid ook hierdie stelling maak. Die stelling (118) dat oordragte van saaklike regte op onroerende goed nie meer notarieel verly hoef te word nie, is ook verkeerd. Die uitsondering geld slegs vir die oordrag van verbande, soos duidelik uit artikel 16 van die Akteswet blyk.

'n Resensent van die vorige uitgawe (Pretorius 1985 *SALJ* 199–200) het op gebreke in die behandeling van spesifieke nakoming as regsmiddel weens kontrakbreuk gewys. Die bespreking (154–157) in die nuwe uitgawe het van hierdie kritiek kennis geneem, en is 'n verbetering op die vorige uitgawe. Nogtans behoort die hele kwessie van spesifieke nakoming van dienskontrakte, in die lig van *National Union of Textile Workers v Stag Packing (Pty) Ltd* 1982 4 SA 151 (T) en latere beslissings, meer aandag te kry. Die gebruik van die woord "reinstatement" deur die hof kom verdag voor in die lig van die feit dat 'n werkgewer normaalweg nie verplig is om die werknemer van werk te voorsien nie, solank sy loon of salaris maar net betaal word. Aan die ander kant, indien die werkgewer van 'n onregmatig ontslane werknemer wat nie die repudiëring aanvaar het nie slegs verplig is om voort te gaan om salaris of loon te betaal, kan dit gebeur dat die werknemer ledig by die huis sit terwyl hy steeds sy vergoeding ontvang. Weliswaar is dit die gevolg van die werkgewer se kontrakbreuk en weiering om die werknemer verder te laat werk, maar is so 'n onekonomiese vermorsing van arbeidskrag regverdigbaar? Is die tradisionele standpunt dat die onregmatig ontslane werknemer slegs skadevergoeding kan eis en dus sy skade moet beperk deur ander geskikte werk te soek, nie juis grootliks op hierdie oorweging gebaseer nie? (Sien oor die hele aangeleentheid ook Brassey "Specific performance – a new stage for labour's lost love" 1981 *ILJ* 57.)

Op 187–188 word die interessante kwessie van die hantering van skulde wat in vreemde geldeenhede uitgedruk word, bespreek. Die skrywers maak egter hier 'n onderskeid wat myns insiens nie geldig is nie en ook nie deur die jongste beslissing waarna hulle verwys, gesteun word nie. Hulle meen naamlik dat in die geval waar die skuldenaar uitdruklik die keuse gegee word om in rand en sent te betaal, die hof vonnis in rand en sent moet gee, en wel teen die wisselkoers wat op die opeisbaarheidsdatum (in teenstelling tot die werklike betaaldatum) geld. Die skrywers is slegs korrek met betrekking tot die geval waar die partye self op 'n *vaste* wisselkoers vir doeleindes van die omskakeling na rand en sent ooreengekom het. Dit is egter nie gebruiklik nie, want dan kon die verskuldigde bedrag net sowel van die begin af in rand en sent uitgedruk gewees het. Die beslissing in *Murata Machinery Ltd v Capelon Yarns (Pty) Ltd* 1986 4 SA 671 (K) is intussen deur die Natalse volbank gevolg in *Elgin Brown and Hamer (Pty) Ltd v Dampskibsselskabet Torm Ltd* 1988 4 SA 671 (N). Inderdaad was die Natalse hof bereid om in 'n gepaste geval ook *skadevergoeding* in 'n vreemde geldeenheid toe te ken solank die verlies maar net in daardie geldeenheid "gevoel" is.

'n Wesenlike gebrek in die deel oor die verteenwoordigingsreg is die feit dat geen kennis geneem is van die Wet op die Konvensie oor Agentskap by die Internasionale Verkoop van Goedere 4 van 1986 nie. Voorts is die skrywer se formulering plekplek uiters onduidelik. 'n Voorbeeld is op 223 te vind:

> "In die algemeen kan ratifikasie slegs ten aansien van sodanige handelinge plaasvind wat regtens deur 'n verteenwoordiger met volmag verrig kan word. Die enigste uitsondering op hierdie beginsel is die geval van 'n koopkontrak van grond wat deur 'n ongemagtigde verteenwoordiger namens 'n prinsipaal gesluit word, in welke geval geen ratifikasie moontlik is nie."

Die eerste stelling moet anders geformuleer word voordat die tweede as uitsondering daarop kan dien. Daar kan net genoem word dat die skriftelike volmag wat deur artikel 2(1) van die Wet op Vervreemding van Grond vereis word in ieder geval nie beperk is tot *koop*kontrakte van grond nie. Dieselfde fout word op 230, waar formaliteite met betrekking tot volmagverlening bespreek word, gemaak. In *Menelaou v Gerber* 1988 3 SA 342 (T), wat vir die skrywer te laat gerapporteer is, is beslis dat 'n voornemende koper van grond wat reeds 'n skriftelike aanbod onderteken het, iemand mondeling kan magtig om die aangebode koopprys te verhoog. Die beslissing is myns insiens verkeerd. Indien wesenlike wysigings deur die hoofdeel van artikel 2(1) getref word (vgl De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en handelsreg* (1978) 288), behoort dit ook deur die skriftelike volmagsvereiste getref te word.

Van heelwat nut is die uiteensetting van die posisie van verskillende tipes verteenwoordigers (251–263). Dit geld egter nie vir die volgende stelling nie (271):

> "Alle gelde wat 'n verteenwoordiger (veral eiendomsagente) ten name van 'n prinsipaal van 'n derde in die uitvoering van 'n kontrak ontvang, moet deur hom aan die derde terugbetaal word indien die transaksie deur die mat val."

Dit is verkeerd en word ook nie deur die aangehaalde gesag gesteun nie. Indien die persoon wat die geld ontvang het dit werklik as *verteenwoordiger* ontvang het, moet dit van die prinsipaal teruggeëis word (sien *Baker v Probert* 1985 3 SA 429 (A)). Die daaropvolgende stelling oor die terugvordering van betalings wat ongemagtig en onverskuldig is, is eweneens misleidend. Die gesag waarna verwys word, handel oor gevalle waar die betaler as 'n neutrale lashebber sonder opdrag opgetree het en nie as 'n verteenwoordiger in die streng sin van die woord nie.

Wat die koopreg betref, word (299) steeds gesê dat indien die vasstelling van die koopprys aan 'n derde oorgelaat word, skadevergoeding geëis kan word indien een van die partye sodanige vasstelling verhinder. Daar word steeds nie verduidelik hoe die skadevergoeding bereken moet word nie (vgl die bespreking van die vorige uitgawe 1985 *SALJ* 200). Die definisie van "krediettransaksie" in die Woekerwet 73 van 1968 is die afgelope agt jaar al nie meer in ooreenstemming met die skrywers

se weergawe daarvan (301) nie. Op 317 word die gevolge van nie-nakoming van die vormvereistes wat deur die Wet op Vervreemding van Grond vir sekere kontrakte gestel word, bespreek. Daar word gesê dat hierdie gevolge ook by "kansellasie" van die kontrak intree. Dit is misleidend aangesien dit slegs waar is ten opsigte van kansellasie ingevolge sekere bepalings van die wet (bv a 7(3) en 27(3)). Op 370 word die volgende eienaardige stelling gemaak:

> "Die partye kan ooreenkom dat rente betaalbaar is vir die duur van kredietverskaffing en by gebrek aan so 'n ooreenkoms, is rente alleenlik betaalbaar indien 'n verkoper dit van die koper eis."

Met ander woorde, al het die verkoper nie rente beding nie, kan hy dit nogtans eis! In die volgende sin word gesê dat rente op die koopprys "gewoonlik" slegs verhaalbaar sal wees op grond van 'n ooreenkoms daaroor of weens *mora*. Watter ander moontlike grondslae vir 'n plig om rente te betaal, het die skrywers in gedagte?

Die gedeelte oor kredietooreenkomste is oor die algemeen 'n moedige poging om verstaanbare inhoud aan veral die Wet op Kredietooreenkomste en die Woekerwet te gee. Die skrywer het reeds vantevore (sien bv Otto "Statutêre regulering van kredietooreenkomste: 'n kritiese evaluering" 1985 *TSAR* 19–20) die standpunt ingeneem dat die omskrywings van "kredietransaksie" en "huurtransaksie" in albei wette daarop neerkom dat slegs kontrakte wat vir paaiementsgewyse betaling voorsiening maak, gedek word. Hierdie standpunt word (388–389) herhaal, maar die skrywer se argument bly vir my duister. Miskien is die skrywer se standpunt in ooreenstemming met wat die wetgewer wou doen, maar dan kom dit nie tot uiting in die bewoording van die omskrywings nie. Buitendien is die tersaaklike twee omskrywings in die Woekerwet intussen sodanig gewysig (sien die Woekerwysigingswet 100 van 1988) dat daar nou hoegenaamd geen verwysing na paaiemente meer is nie. Die omskrywing van "kredietransaksie" in die Woekerwet sluit trouens nou 'n suiwer kontanttransaksie ook in! Hopelik sal die huidige ondersoek deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie op hierdie gebied eindelik orde uit die chaos skep. Gebruikers van hierdie gedeelte moet kennis neem van die latere wysigings van die Woekerwet (Wet 62 van 1987, Wet 100 van 1988 en Wet 91 van 1989), die Wysigingswet op Kredietooreenkomste 53 van 1987 en verskeie regulasiewysigings wat later aangebring is.

Die bespreking van die huurkontrak is oor die algemeen bevredigend. Die skrywer se standpunt (546) dat die ou Hollandse Plakkaat oor vergoeding vir verbeterings deur huurders aangebring ook op stedelike grond van toepassing is, is onlangs bevestig (sien *Syfrets Participation Bond Managers Ltd v Estate and Co-op Wine Distributors (Pty) Ltd* 1989 1 SA 106 (W)).

Wat die afdeling oor verbruikersbeskerming betref, is die opmerkings oor verskillende statutêre maatreëls (562–567) myns insiens te oppervlakkig om van veel waarde te wees. Terloops kan daarop gewys word dat die huidige Wet op Standaarde Wet 30 van 1982 is, en nie Wet 33 van 1942 nie (563 vn 25). Die huidige Drankwet is Wet 87 van 1977, en nie Wet 87 van 1972 nie (565 vn 40). Verder word (566) na die Woekerwet onder sy ou benaming verwys, terwyl die toepassingsveld van die wet ook nie korrek weergegee word nie. Slegs die Wet op Handelspraktyke 76 van 1976 en die Wet op die Handhawing en Bevordering van Mededinging 96 van 1979 word enigsins in besonderhede bespreek. Eersgenoemde is intussen weer vervang deur die Wet op Skadelike Sakepraktyke 71 van 1988, maar ongelukkig te laat vir inkorporasie in die boek. Dit wil voorkom (599) of nie kennis geneem is van die jongste regulasies (sien Regeringskennisgewing R801 van 1986–05–02) in verband met prysbinding nie.

Die bespreking van die arbeidsreg kom plek-plek ietwat kripties voor. Aan die ander kant kan seker nie verwag word dat die magdom arbeidswetgewing in 'n werk van hierdie omvang in meer besonderhede bespreek moet word nie. Daar is 'n klompie hinderlike foute in hierdie afdeling. Voorbeelde is die volgende: die laaste

sin in paragraaf A op 615 is onvolledig; die eerste sin van paragraaf B op 615–616 is onverstaanbaar; op 621 word van 'n "lasbrief" in plaas van 'n "lashebber" gepraat; in voetnoot 97 op 627 ontbreek 'n getal; op 672 is die sin onder (ii) onvolledig; op 674 word gepraat van 'n "Anton Pillar-bevel" in plaas van 'n "Anton Piller-bevel". Gebruikers van hierdie deel moet natuurlik in gedagte hou dat die Wet op Arbeidsverhoudinge intussen aansienlik gewysig is deur Wet 83 van 1988.

Wat die versekeringsreg betref, beskou die skrywers die vergoedingskema ingevolge die Motorvoertuigongelukkewet 84 van 1986 (wat intussen deur Wet 93 van 1989 opgeskort is) skynbaar steeds as 'n vorm van versekering (690 742). Weens die afwesigheid van 'n premie kan die nuwe stelsel egter beswaarlik nog as versekering beskou word (sien Honey *MVA Practice* (1987) 1). Die bespreking van die posisie met betrekking tot versekeringsagente en versekeringsmakelaars (700–702) is baie kursories – die onderwerp verdien meer aandag. Op 710–712 kon die skrywers, in die lig van die onsekerheid wat deur die jongste regspraak geskep is, darem minstens 'n poging aangewend het om duidelikheid oor die begrip "versekerbare belang" te bring. Die stelling (714) dat 'n voornemende versekerde se voorkontraktuele openbaringsplig ook op feite buite sy werklike kennisveld betrekking kan hê, is nie so 'n duidelike beginsel as wat die skrywers voorgee nie. In *Mutual and Federal Insurance Co Ltd v Oudtshoorn Municipality* 1985 1 SA 419 (A) is daar wel *obiter* opmerkings wat hierdie standpunt staaf, maar in *Anderson Shipping (Pty) Ltd v Guardian National Insurance Co Ltd* 1987 3 SA 506 (A) het die appèlhof duidelik hierdie vraag oopgelaat. Wat die toets vir wesenlikheid van inligting betref, kan net daarop gewys word dat die appèlhof intussen (na publikasie van die boek) sy formulering in die *Mutual and Federal*-saak gekwalifiseer (of ten minste herinterpreteer) het (sien *President Versekeringsmaatskappy Bpk v Trust Bank van Afrika Bpk* 1989 1 SA 208 (A)).

Die gedeeltes oor sekerheidstelling, werkaanneming, arbitrasie en vervoer is goed. Oor sessie *in securitatem debiti* (818–824) kan natuurlik veel meer gesê word indien 'n mens in die lig van die huidige chaos op hierdie gebied die lus en die krag daarvoor het. Nietemin het die skrywer die verskillende teoretiese beskouings duidelik uiteengesit sonder om in oormatige detail verstrik te raak.

Die laaste onderwerp wat bespreek word, is die faktoreringskontrak. Die skrywer gee 'n baie kernagtige samevatting van die ontstaan en regsaard van en probleme in verband met faktorering. Hoewel ek meen dat 'n bietjie meer detail nie onvanpas sou wees nie, verskaf die skrywer beslis leersame inligting oor 'n onderwerp wat vir die meeste regsgeleerdes relatief onbekend is.

Samevattend kan met vertroue gesê word dat hierdie werk steeds 'n nuttige primêre verwysingsbron is.

AN OELOFSE
Universiteit van Suid-Afrika

EQUITY, THE COURTS AND LABOUR RELATIONS
by T POOLMAN
Butterworths Durban 1988; xxiv and 242 pp
Price R47,00 + GST (soft cover)

This work has an intriguing title. It tells the reader that it will deal with a triad consisting of a concept "equity", an institution "the court", and a discipline "industrial relations". The three components or themes do not appear as separate parts

in the book, so one expects to find them inextricably interwoven. However, for the purposes of this review, the triad provides a useful framework for discussing the work.

Equity and industrial relations, one assumes, are in the nature of themes. In this book they are the thinnest of strands. The concept of equity is disposed of in a few pages. One finds little trace of industrial relations except in so far as sound industrial relations practices have been incorporated or subsumed as fair labour practices, that is, as the antithesis of unfair labour practices. Perhaps this was not the aim of the book, for the preface opens with the statement that "[l]abour relations law differs significantly from other fields of law". Indeed, the book mainly concerns procedural aspects of labour law, industrial relations law or labour relations law, call it what you will.

The bulk of the book is devoted to the jurisdiction, functions and decisions of the industrial court. Chapters are to be found on the nature and scope of the functions of the court, the now defunct court of law functions, the appeal jurisdiction of the court, applications for *status-quo* orders, applications for an inquiry to suspend the operation of a closed shop arrangement, the arbitration functions of the court, the advisory functions of the court, the demarcation functions, unfair labour practice determinations and finally chapters on the additional and incidental powers of the court.

The industrial court, around which the book is centred, is an appropriate choice. The court has been patronised to a large extent by those members of the community for whom it was intended. So great has the use of the court been that its own success has resulted in its present difficulties. One of these is its inability to process, without long delays, the many applications which have been filed with it.

The book is, at one and the same time, a timely contribution to our literature on the court and an untimely publication. It is untimely because it appears at a stage when major amendments are being made to the powers, status and functions of the court and the establishment of a Labour Appeal Court. It is, of course, the fate of many a law book to be overtaken by the inevitable march of the South African legislature but it is unfortunate that the utility and value of the book has been diminished. Nevertheless there remain some useful chapters which have been left unaffected, but they are on the periphery of the court's activities.

One cannot quarrel with the technical presentation of the law. The extracts from the act and the synopses of case law are done meticulously and accurately. I have, however, great difficulty in following or divining the meaning of many of the looser statements which are dotted about the book. It is perhaps necessary to illustrate this point. In the preface it is maintained that:

> "The ordinary courts are not courts of equity, they apply the law to the given facts without considering the particular circumstances of the case."

The first submission is valid as a general statement but the second is not. Ordinary courts do pay attention to the particular facts of the case. Sometimes, and this may be the writer's point, they are unable to provide relief, often on the basis that hard cases make bad law. A court of equity may have been able to do so, but this will not always be the case because, as the experience of the industrial court shows, equity also hardens, to a degree, into fixed rules.

Some of the less acceptable statements are taken from the writer's previous work *Principles of unfair labour practices*. The passage of time has given no greater validity to the statement that

> "labour law is that body of objective rules which regulates the relationship between and among the tripartite subjects, incorporating the doctrine of equity".

There is, as with most of the writer's statements, a measure of truth in them but the unqualified presentation of such statements detracts from the merits of the work. The statement

> "From the nature of labour relations co-existence between the subjects of labour relations and the reasonable person in labour relations is a *sine qua non* for industrial peace and the decision making process"

is a further example. I do not profess fully to understand the import of this statement.

However, in fairness, one must mention that some members of the industrial court have, at times, cited passages from this work in support of various propositions.

A second edition is urgently needed. In this next edition the writer should, as has been urged on a previous occasion, discuss his philosophy without resorting to diverse and sometimes inappropriate references and quotations; when one writes on philosophical aspects one should not, and indeed cannot, follow the traditional legal methodology of providing sources for every idea, particularly those which may have been inspired by a certain passage or quotation in a different context.

In the next edition it may be expected that the writer will deal with recent developments such as the power to grant urgent interim relief, the amended *status quo* and unfair labour practice provisions as well as the status and functions of the Labour Appeal Court. It would also be useful to extend the work to the institutions of our immediate neighbours and include a discussion of the labour courts of Bophuthatswana and the industrial court of Kwa-Zulu.

AA LANDMAN
University of South Africa

CONTROL OF MARINE POLLUTION IN INTERNATIONAL LAW

by RAMANLAL SONI

Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1985; xiii and 301 pp
Price R99,00 + GST (hard cover)

This book is the first comprehensive publication by a South African author on the topic. However, there is an array of articles by various writers on the wide-ranging field of marine pollution.

The book is the product of the author's doctoral studies and reflects a wealth of research and interesting reading material. Unfortunately very little original thought is presented on topics where one would have expected innovative work from an international-law academic. In fact, there are too many examples of a concatenation of quotations and extracts from various writers' work joined up by a few of the author's phrases. See, for example, 8, 55, 69 and 187 where many of the longer quotes should have been incorporated in the footnotes.

From an international-law point of view, there are many areas where the author should have given more attention to the discussion of basic legal principles underlying certain aspects of marine pollution. For example, the controversial issue of "a right to a healthy environment" (272) needs to be discussed and the author's own view on this point would have been of value; the discussion of *ius cogens* (69) consists of other writers' views on this concept, the author never really explaining what the

concept actually means. In other cases, crucial concepts are treated very superficially; for example, the author elaborates on the three zones of the sea (25–26), but should also have incorporated the other jurisdictional zones which are important to sea pollution. Discussions relating to sea zones (158 226–228) could easily have been integrated under the main heading (25). The definition of marine pollution (42) needs a further explanation since the concept of "introduction by man . . . of substances of energy" has been debated on various international and regional conventions and does not include pollution caused by activities which involve "extractions" by man, such as deep-sea drilling for oil and other mining activities.

Another shortcoming is the fact that South Africa's involvement or participation in the international-law field of marine pollution has barely been touched on; the relevant treaties and conventions to which South Africa is a signatory should have been discussed more fully. To add to this, one must acknowledge the many significant and effective multipartite (regional) agreements on the control of marine pollution, and also South Africa's involvement in this sphere, for example Antarctica and the regional agreements on the southern oceans. This branch of international law deserves more attention.

The technical standard of the publication is generally high, although incorrect and clumsy use of language could have been avoided by thorough editing. The many over-dramatic and often naive statements and remarks detract from the objectivity and clarity one expects from a legal work of this calibre. Printing and spelling errors are minimal and the general lay-out is attractive.

Although this book makes for interesting reading and could prove useful to legal practitioners and conservationists, it cannot be recommended as a text book for students: it lacks both the international-law structure and in-depth research which are essential in this relatively new field of study.

ELMENE BRAY
University of South Africa

CRIMINAL LAW

by CR SNYMAN

Second edition; Butterworths Durban 1989; xii and 595 pp
Price R105,96 (soft cover) R135,34 (hard cover) + GST

This is the second edition of the English translation of Snyman's second edition of *Strafreg* (1986), the merits of which the present reviewer discussed in 1988 *THRHR* 118 *et seq.* Although this edition consists in the main of a translation of its Afrikaans predecessor, references to case law and legal literature have again been updated and some recent developments outlined, the latter notably in the areas of intoxication (s 1 of the Criminal Law Amendment Act 1 of 1988), provocation, a general defence of criminal incapacity, and participation and the doctrine of common purpose (the disappointing and retrogressive – *vis-à-vis S v Williams* 1980 1 SA 60 (A) – decision in *S v Safatsa* 1988 1 SA 868 (A)). Terminological changes include "definition of the prescription" instead of "description of the prohibition" and "criminal capacity" instead of "criminal responsibility". The English translation must be rated as highly

successful – quite a feat considering the author's avowed allegiance to German dogmatics. It once again manifests the author's ability to present his thoughts with clarity and conciseness. The book is well edited, handsomely bound and a must for all criminal lawyers who are not well versed in the Afrikaans language.

FFW VAN OOSTEN
University of Pretoria

DIE WET OP DIE HOOGGEREGSHOF 59 VAN 1959 EN DIE WET OP LANDDROSHOWE 32 VAN 1944

deur HJ ERASMUS en OJ BARROW

Vierde uitgawe; Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1989; 491 bl
Prys R54,50 + AVB (sagteband)

Hierdie werk is 'n sagteband-uitgawe van Juta se wetgewingsdiens en is hoofsaaklik gerig op studente as teikengroep. Aangesien hierdie groep 'n behoefte het aan 'n nuttige dog relatief goedkoop werk wat sowel bogemelde wette bevat as die hofreëls wat daarkragtens uitgevaardig is, is dit te begrype waarom hierdie werk nie in losblad formaat beskikbaar gestel word nie. Die huidige formaat kan eweneens vir die praktisyn nuttig wees vir gebruik in die hof of tuis en die grootte van die werk is dan ook sodanig dat dit gerieflik in 'n aktetas pas.

Die werk is voorsien van 'n volledige inhoudsopgawe asook sake- en woordregisters. 'n Uiters nuttige invoeging is dié ten aansien van die reëls wat in die onderskeie afdelings van die hooggeregshof geld, benewens die Eenvormige Hofreëls. Die werk is op datum tot 1 November 1989 en alle beslissings wat in die *Suid-Afrikaanse Hofverslae* ten aansien van voormelde wette en stelle reëls gerapporteer is, is ook bygewerk tot op hierdie datum.

Hierdie is 'n nuttige publikasie wat aangebied word teen 'n prys wat studente kan bekostig en is in sowel Afrikaans as Engels beskikbaar.

E HURTER
Universiteit van Suid-Afrika

ELEMENTS OF LAND LAW

by KEVIN GRAY

Butterworths London 1987; lxxi and 1094 pp
Price not mentioned (soft cover)

Gray's approach to English land law will probably appeal to South African lawyers schooled in the Roman-Dutch tradition. The first eighteen chapters of the book are headed "General Part", while a number of special problems are dealt with in the

remaining thirteen chapters. The general part is also structured according to a systematic rather than a casuistic overview. In the first section, the most important concepts (property, land, trust, tenure and estate) that are characteristic of English land law are explained; the second section deals with structures (legal and equitable rights, registration and conveyancing); while the third section covers holdings (trusts, co-ownership, leases and licenses) and the fourth incumbrances (mortgages, easements and covenants). This part of the book explains the basic structure and functions of English land law in such a way that both students and lawyers schooled in a different tradition can make use of it. Some of the special problems dealt with in more detail in the second part of the book should also interest practitioners and academics concerned with housing law.

AJ VAN DER WALT
University of South Africa

The essence of positivism is its rigid separation of the "is" and the "ought" with the corollary that the study of the "ought" is no concern of the lawyer, or, at any rate, can be postponed until the "is" has been thoroughly dealt with. Positivism thus leads to narrowness of outlook, diffidence, and ethical scepticism. The only possible moral beauty in positivists is a blind romantic loyalty – "Theirs not to reason why" – and it is significant that the image of the faithful soldier appears so often in their writings (*per* Campbell 4 *Modern LR* 232).

Die dood van die volmaggewer of die gevolmagtigde en die volmag

DJ Joubert
BA LLD
Dekaan van die Fakulteit Regte, Universiteit van Pretoria

SUMMARY

The death of the principal or the agent and the mandate

In Roman law a mandate was terminated by the death of the mandator or the mandatary. There were, however, two exceptions: a mandate to build a monument after the death of the mandator was valid and an ordinary mandate remained effective until the mandatary received notice of the death of the mandator. When agency came to be recognised it retained a strong connection with mandate and the rule was that the authority of the agent was terminated by the death of the principal or the death of the agent. It is argued that the exceptions recognised by the Romans in respect of mandate still apply in respect of agency. If the underlying relationship entitles the agent to act, his authority must remain in existence. The objection that there cannot be representation of the deceased principal is answered by the suggestion that there can be a principal other than the grantor of the authority. The practical objection that recognition of an authorisation after the death of the grantor of the authority would interfere with the administration of deceased estates is, it is suggested, not an insurmountable problem. In other jurisdictions equity and necessity have led to the relaxation of the rules referred to, especially in so far as it is necessary to protect the ignorant agent and/or third party.

1 INLEIDING

Dit is geykte reg dat die dood van die volmaggewer (of lasgewer) of gevolmagtigde (of lashebber) die volmag (of lasgewing) tot 'n einde bring. Die Suid-Afrikaanse reël vind sy oorsprong in die Romeinse reg en stem ooreen met die reël in die Anglo- Amerikaanse reg en die Romeins-gebaseerde stelsels van Wes-Europa. Die oogmerk met hierdie artikel is om die oorsprong, *ratio* en houdbaarheid van die reël te ondersoek ten einde vas te stel of daar nie uitsonderings behoort te wees nie.

2 ROMEINSE REG[1]

Gaius verskaf twee reëls ten aansien van die lasgewingskontrak in sy *Institute*, naamlik dat

(a) as die lasgewing nog *res integra* is, word dit beëindig deur die dood van of die lasgewer of die lashebber;[2] en

1 Watson *Contract of mandate in Roman law* (1961); Arangio-Ruiz *Il mandato in diritto Romano* (1949).

2 *G* 3 160: "Item, si adhuc integro mandato mors alterutrius interveniat, id est vel eius qui mandaret vel eius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum."

(b) as die lasgewer aan die lashebber 'n opdrag gee wat na die dood van die lasgewer uitgevoer moet word, kom daar geen lasgewingskontrak tot stand nie "omdat 'n verbintenis nie in die persoon van die erfgenaam kan begin nie".[3]

Omdat die *Epitome Gai*[4] volgens rekonstruksie net na die dood van die lashebber verwys, word die afleiding gemaak dat in die klassieke Romeinse reg die dood van die lasgewer nie die lasgewing beëindig het nie en dat die reël dat die dood van die lasgewer wel die lasgewing beëindig 'n na-klassieke verandering weerspieël.[5] Aangesien Justinianus die eerste reël van Gaius hierbo aanvaar[6] en daar weinig of geen inligting oor vermelde verandering beskikbaar is nie, is dit nie vir doeleindes van hierdie bespreking nodig om op hierdie punt in te gaan nie. Daar word aanvaar dat in die Romeinse reg die dood van die lasgewer[7] of van die lashebber[8] die lasgewing tot 'n einde gebring het.

Aangesien lasgewing altyd in beginsel die gratis onderneming was om 'n opdrag uit te voer, is dit te verstane dat die lasgewer en die lashebber 'n lasgewingskontrak sou aangaan in die veronderstelling dat dit die lashebber self is wat die opdrag sal uitvoer[9] nieteenstande die feit dat 'n aksie uit die lasgewingskontrak aan en teen sy erfgename beskikbaar was.[10] Die aksie van en teen die erfgename het slegs op die verloop van sake voor die lashebber se dood betrekking gehad. Aldus kon die lasgewer rekenskap van die prys van goedere wat deur die lashebber verkoop is, van sy erfgename vorder. Dit is moontlik dat die frase "*integro mandato*"[11] iets met hierdie saak te doen het.[12]

Justinianus meld egter 'n baie belangrike uitsondering: as die lashebber onbewus van die dood van die lasgewer was en hy daarna tog die las uitvoer, word die aksie op grond van lasgewing wel aan hom verleen.[13] Hy sou dus wel vergoeding van uitgawes en onkostes kon eis, maar sou dan sekerlik weer aan die erfgename rekenskap moes gee van wat hy gedoen het. Dienstigheid word as rede vir hierdie uitsondering gegee.[14] Om dieselfde rede word 'n betaling deur 'n onkundige aan iemand wat 'n vrygelate slaaf is, beskou as betaling aan sy vroeëre eienaar.

'n Tweede uitsondering tref 'n mens aan in verband met opdragte wat volgens die bedoeling van die partye eers na die dood van die lasgewer uitgevoer moet

---

3 *G* 3 158: "Item si quis quid post mortem meam faciendam mihi mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse."
4 29 19.
5 Levy *Weströmisches Vulgarrecht: das Obligationenrecht* (1956) 291–292.
6 *I* 3 26 10: "Item si adhuc integro mandato mors alterutrius interveniat, id est vel eius qui mandaverit, vel eius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum."
7 *D* 17 1 26*pr* (Paulus); 17 1 34 1 (Africanus); 17 1 58*pr* (Paulus); 46 3 108 (Paulus); *C* 4 35 15 (Diocletianus en Maximianus).
8 *D* 17 1 27 3 (Gaius); 17 1 57 (Papinianus).
9 Buckland *A textbook of Roman law* (1950) 517.
10 Cicero *Rhetorica ad Herennium* 2 13 19 meld dat *praetor* M Drusus (115 vC) nie so 'n aksie toegelaat het nie maar dat *praetor* S Julius (123 vC) dit eerder geweier het.
11 Die term kom voor in *G* 3 160; *I* 3 26 10; *D* 17 1 27 1 (Gaius); en *C* 4 35 15.
12 Watson 129–131 na aanleiding van *D* 17 1 26*pr* en 17 2 40; vgl ook *D* 17 1 58*pr* (Paulus). Story *Commentaries on the law of agency* (1882) 605 praat van gedeeltelike uitvoering wat te kenne gee dat die erfgename dalk verplig kan word om die halfvoltooide las ten volle uit te voer.
13 *I* 3 26 10: "Sed utilitas causa receptum est, si mortuo eo, qui tibi mandaverit, tu ignorans eum decessisse, exsecutus fueras mandatum, posse te agere mandati actione."
14 *I* 3 26 10: *utilitatis causa.*

word. Soos reeds vermeld is, is dit die mening van Gaius[15] dat so 'n lasgewing nie 'n kontrak geskep het nie omdat 'n mens nie 'n kontrak (verbintenis) vir sy erfgename kan skep nie. Blykbaar was die transaksie vertolk as sou die lasgewer werklik poog om 'n opdrag namens sy erfgename te gee. Justinianus het egter 'n nuwe siening gehad ten aansien van kontrakte wat na die dood uitgevoer moes word en bepaal dat hulle toelaatbaar was omdat hy hulle nie as onwenslik beskou het nie.[16] Desnietemin is die presiese trefkrag en uitwerking van hierdie verandering nie duidelik nie.[17] Dit wil voorkom dat daar in beginsel geen rede was waarom die lasgewer nie 'n opdrag kon gee dat iets na sy dood uitgevoer moes word nie. Die lashebber kon dan na sy (die lasgewer se) dood die las uitvoer en die erfgename wat die erfenis aanvaar, aanspreek. As hulle gemeen het dat die gebondenheid aan die kontrak vir hulle skadelik sou wees, kon hulle weier om die erfenis te aanvaar. Dié beginsel is egter nie ten volle op die lasgewingskontrak toegepas nie. Die algemene reël wat in die *Digesta* aangetref word, is nog steeds dat 'n lasgewing wat na die dood van die lasgewer uitgevoer moet word nie moontlik is nie,[18] maar dat daar wel uitsonderings is. Daar is 'n duidelike uitsondering ten aansien van 'n opdrag van die lasgewer aan die lashebber om na die lasgewer se dood vir hom 'n gedenkteken op te rig.[19] Moontlik is dit na ander gevalle uitgebrei.[20] Waar daar dan 'n uitsondering erken is, kon die lashebber die las uitvoer en wel die erfgename aanspreek.[21] Justinianus se reëling bly dus onduidelik.[22]

Wanneer 'n mens na verklarings vir die Romeinse reëling begin soek, is dit duidelik dat die bronne min direkte getuienis verskaf. Aanvanklik was die verbintenis 'n streng persoonlike regsband tussen lasgewer en lashebber. Toe verbintenisse kon vererf, het die plig om die las uit te voer die plig van die lashebber gebly en het slegs die plig tot rekenskap vererf. Indien die lashebber voor uitvoering van die las te sterwe kom, het die lasgewingskontrak verval omdat uitvoering onmoontlik geword het.[23] Insgelyks is dit die lasgewer wat op nakoming van die las geregtig is en as hy voor uitvoering te sterwe kom, verval die lasgewingskontrak. As die las reeds uitgevoer is maar rekenskap is nog verskuldig, kan sy erfgename rekenskap eis. Die persoonlike verpligting en reg is

15 *G* 3 158; vgl ook *D* 17 1 57; *C* 4 11 1.
16 *C* 4 11 1; 8 38 11.
17 Volgens Watson 134 is die eerste bepaling (*C* 8 37 11 van 528) agv onduidelike bewoording blykbaar nie op die manier soos die keiser verkies het, uitgelê nie: en is dit dus opgevolg deur 'n tweede voorskrif (*C* 4 11 1 van 531) wat self nie baie duidelik is nie.
18 *D* 17 1 12 17 (ongeag of die geld voorgeskiet is of nie); 17 1 58*pr*; 46 3 108 (waar die opdrag voor die dood uitgevoer is deur 'n kontrak met 'n derde te sluit en die lashebber eers na die dood van die lasgewer aan die derde moet presteer); Watson 147.
19 *D* 17 1 12 17: *monumentum*.
20 Volgens *D* 11 7 14 2 is daar 'n *actio de dolo* teen die erfgename verleen waar iemand 'n opdrag om die begrafnis van die opdraggewer te reël, uitgevoer het. Dit is moontlik dat daar 'n lasgewing was maar dit is ook moontlik dat die *actio de dolo* verleen is juis omdat die lasgewingskontrak ongeldig was. In *D* 17 1 13 gee A aan B 'n opdrag om na die dood van A iets van A se erfgename te koop; hierdie opdrag word as geldig beskou. Daar is egter nie volle besonderhede van die geval beskikbaar nie en dit wil voorkom of B nie die grond van die erfgename vir die erfgename koop nie, maar bloot van die erfgename vir homself. In *D* 17 1 27 1 dra A aan B 'n slaaf oor met die opdrag om na hom na A se dood vry te laat. Hierdie opdrag is insgelyks geldig.
21 *D* 17 1 12 17.
22 Sien die vermelde *C* 4 11 1; 8 38 11.
23 Watson 143 148.

dus die rede vir die reëling want dit kon sekerlik moontlik wees, enersyds vir die erfgename van die lashebber om die las uit te voer, en andersyds om die las tot voordeel van die erfgename van die lasgewer uit te voer. Die reëling was 'n besliste en vaste een en die erfgename van die lashebber kon nie daarop aandring om self die las uit te voer nie. Die enigste afwyking van die reëling was waar die lashebber onbewus van die dood van die lasgewer, en dus van die verval van die lasgewingskontrak, was; in so 'n geval kon hy naamlik nog ingevolge die lasgewingskontrak verhaal asof hy die las tydens die lewe van die lasgewer uitgevoer het.

Daar is geen aanduiding dat die partye deur ooreenkoms van hierdie reëling kon afwyk nie. Die rede wat Gaius daarvoor verskaf, is dat 'n verbintenis nie in die persoon van die lasgewer se erfgename kan begin nie. Hier gaan dit dus nie om die vererwing van 'n verpligting nie. Gevolglik is dit 'n vraag of Gaius se motivering water hou: as daar 'n kontrak tussen lasgewer en lashebber tot stand kom, ontstaan daar geen verbintenis in die persoon van die lasgewer se erfgename nie.

Waar die partye bedoel het dat die las eers na die dood van die lasgewer uitgevoer moet word, sou dit sinloos wees omdat die las by die dood van die lasgewer verval. Tog is daar 'n uitsondering of uitsonderings. Die lasgewingskontrak tussen lasgewer en lashebber kan nie vererf nie, want dit verval. As daar 'n verbintenis na die dood van die lasgewer bestaan, is dit omdat daar 'n nuwe verbintenis tot stand gekom het. En hier is die mening van Gaius dat so iets nie moontlik is nie omdat mense nie vir hulle erfgename kontrakte kan sluit nie. Die bronne wat die uitsonderings skep, vermeld nie of hulle dit as 'n uitsondering op Gaius se reël sien nie en of hulle meen dat in daardie gevalle daar wel 'n verbintenis ontstaan wat bloot by die dood van die lasgewer verwerf word.

3 ROMEINS-HOLLANDSE REG

Die Romeins-Hollandse skrywers van die sewentiende en agtiende eeue aanvaar en herhaal die hooftrekke van die Romeinse reg. Die algemene reël is dat die lasgewingskontrak tot 'n einde kom by die dood van die lasgewer[24] of lashebber.[25] Die lasgewer kon nie die las na die dood van die lasgewer uitvoer en dan vergoeding van sy uitgawes eis nie.[26] Die erfgename van die lasgewer kon ook nie uitvoering van die las deur die lashebber vorder nie.[27] Die erfgename van die lashebber was nie verplig om die las uit te voer nie en kon ook nie aandring dat hulle toegelaat word om dit uit te voer nie.[28] As die las wel uitgevoer was maar die kontrak nie deur rekenskap afgehandel was nie, kon hulle wel vergoeding van die lashebber se uitgawes en onkostes eis.[29]

---

24 Van Leeuwen *RHR* 4 26 11 en *CF* 1 4 24 141V; Vinnius *Commentarius ad I* 3 27 10 vn 1; Voet 17 1 15; Van Bynkershoek *Obs Tum* 1 979; Merula *Manier van procederen* 4 83 4 *in notis* van De Haas; Van der Linden *Judicieel practijcq* 2 14 1.

25 Vinnius *ad I* 3 27 10 vn 1; Van Leeuwen *RHR* 4 26 11 en *CF* 1 4 24 141V; Voet 17 1 16.

26 Van Leeuwen *CF* 1 4 24 14.

27 Vinnius *ad I* 3 27 10 vn 1; Van Leeuwen *CF* 1 4 24 14.

28 Bartolus *ad D* 17 1 26; Vinnius *ad I* 3 27 10 vn 1 2; Van Leeuwen *CF* 1 4 24 14.

29 Brunneman *ad D* 17 1 26; Bartolus *ad D* 17 1 58: "Mandatum morte finitur, non actio mandati."

'n Mens tref egter wel uitsonderings aan. As die lashebber onkundig omtrent die dood van die lasgewer was en hy voer daarna die opdrag uit, kan hy wel vergoeding vir sy uitgawes en onkostes eis.[30] Verdere uitsonderings was die volgende:

(a) As die lasgewer 'n las *in rem suam* aan die lashebber gegee het, het dit nie by die dood van enige party verval nie.[31]

(b) As die las slegs na die dood van die lasgewer uitgevoer kon word, het dit nie by die dood van die lasgewer verval nie.[32]

(c) As die las ampshalwe gegee is en die amptenaar wat die las opgedra het, te sterwe kom, het die las ook bly voortbestaan.[33]

(d) As die las aan 'n faktoor as winkelbestuurder verleen is, het die las nie by die dood van die lasgewer verval nie.[34]

(e) As die lashebber die las uitgevoer het deur 'n verbintenis aan te gaan, het die dood van die lasgewer nie nakoming van die aangegane verbintenis ter voltooiing van die las gestuit nie.[35]

(f) Insgelyks kan die lashebber die las na die dood van die lasgewer uitvoer deur verpligtinge wat op die lasgewer rus, na te kom.[36]

Ter verklaring van die verskynsel dat die las by die dood van die lasgewer tot 'n einde kom, sê Voet[37] dat die bestaan van die las van die wil van die lasgewer afhanklik is en dat dit by sy dood tot 'n einde kom.[38] Pothier,[39] die Franse juris, verklaar dat die lashebber in die plek van die lasgewer handel en dat aangesien die lasgewer nie self na sy dood kan handel nie, die lashebber ook nie in sy plek kan handel nie. Ten aansien van die faktoor verklaar Pothier[40] dat die uitsondering vanweë die nut daarvan vir die handelslewe erken is. Ter verklaring van die verskynsel dat die las by die dood van die lashebber tot 'n einde kom, word aangevoer dat die lasgewer die lashebber spesiaal uitgekies het met die oog op persoonlike uitvoering van die las sodat dit nie na sy dood deur 'n ander uitgevoer kan word nie.[41]

Dit is hier reeds duidelik dat idees uit die terrein van verteenwoordiging 'n rol begin speel. Aangesien die gee van 'n volmag ook weergegee is as die gee van 'n las is dit heeltemal te verstane.

---

30 Bartolus *ad D* 17 1 26; Vinnius *ad I* 3 27 10 vn 4; Van Leeuwen *CF* 1 4 24 14; Brunnemann *ad D* 17 1 26.
31 Voet 17 1 16; Brunnemann *ad D* 17 1 26. Voet 17 1 15 praat van sessie en meen dat die reël by die dood van die sedent geld.
32 Vinnius *ad I* 3 26 10 vn 2; Voet 17 1 15. Noodt *Observationum* 2 3 beperk dit tot laste vir die oprig van monumente of die koop van 'n plaas as monument.
33 Voet 17 1 15.
34 Voet 17 1 15; Brunnemann *ad D* 17 1 26 vn 3.
35 Voet 17 1 15.
36 Voet 17 1 15. Dit is egter 'n vraag of die lashebber nog as lashebber optree en of hy as saakwaarnemer optree.
37 17 1 15.
38 Met 'n beroep op *D* 17 1 12 16.
39 *Mandat* 4 2 par 103 (153).
40 *Obligations* par 449 (441): "l'utilite du commerce."
41 Bartolus *ad D* 17 1 57; Vinnius *ad I* 3 27 10 vn 1 2; Pothier *Mandat* 4 1 par 101 (151).

4 SUID-AFRIKAANSE REG

In die Suid-Afrikaanse reg word duidelik onderskei tussen die gee van 'n volmag, naamlik die gee van 'n mag om die gewer daarvan te verteenwoordig by die aangaan van 'n regshandeling, en die sluiting van 'n lasgewingskontrak waar die lashebber onderneem om 'n las vir 'n ander uit te voer. Daar is natuurlik 'n noue verband tussen lasgewing en verteenwoordiging omdat die las dikwels die uitvoering van 'n volmag behels en omdat die regsreëls insake die volmag ooglopend op die reëls insake die lasgewingskontrak gebaseer is.

Ten aansien van die fokuspunt van hierdie ondersoek word gevind dat die lasgewingskontrak nog steeds tot 'n einde kom by die dood van sowel die lasgewer[42] as die lashebber.[43] Insgelyks verval 'n volmag by die dood van die volmaggewer[44] of die gevolmagtigde.[45] Die probleem wat ontstaan waar die lashebber of gevolmagtigde onbewus van die dood van die lasgewer of volmaggewer handel, is nog nie deur die regspraak onder oë geneem nie.[46]

Uitsonderings op die algemene reël het wel al ter sprake gekom. Daar word verklaar dat die las of volmag nie by die dood van die betrokkenes verval waar daar 'n volmag *in rem suam* verleen is nie;[47] waar dit reeds uitgevoer is;[48] of waar dit die bedoeling van die partye is dat die volmag eers na die dood van die lasgewer uitgevoer moet word.[49]

Waar bogenoemde uitsonderings na die Romeins-Hollandse reg teruggevoer kan word, is daar ook 'n nuwe geval wat nie uit die gemenereg stam nie. Daar word geleer dat waar die volmag deel is van 'n kontrak wat na die dood van die volmaggewer van krag bly, die volmag self nie by sy dood verval nie.[50] Die *ratio* is dat dit die bedoeling van die partye is, volgens die bedinge van hulle kontrak, dat die volmag nie by die dood van die volmaggewer tot 'n einde sal kom nie.[51]

---

42 *Heartley v Poupart, Attorney of McCoy* (1829) 1 M 400; *Ex parte Kelly* 1943 OPD 76 83 84; *Ex parte Leinberger* 1945 OPD 275 278.

43 *Ex parte Kelly supra* 83 (by implikasie).

44 *Heartley v Poupart, Attorney of McCoy supra; In re Grandin* (1894) 15 NLR 61; *Hunt, Leuchars & Hepburn: in re Jeansson* (1911) 32 NLR 493 494; *Parker & Co v Ismail* 1920 CPD 148 149; *Ex parte McLennan* 1925 OPD 115 (by implikasie); *Ex parte Moffett* 1930 EDL 156; *Ex parte Lubbers* 1937 TPD 113; *Ex parte Administrator of Estate Wessels* 1941 OPD 264 267; *Ex parte Leinberger supra* 278; *Ex parte Craig* 1951 1 SA 35 (O) (by implikasie); *Ward v Barrett* 1962 4 SA 734 (N) 737; De Wet en Van Wyk *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* (1978) 106; Joubert *Die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg* (1978) 132; Silke *The law of agency in South Africa* (1981) par 101.

45 *Hunt, Leuchars & Hepburn: in re Jeansson supra* 494; *Ward v Barrett supra* 737; De Wet en Van Wyk 107; Joubert 132; Silke par 102 (632).

46 Vgl *Heartley v Poupart, Attorney of McCoy supra*. Silke par 101 (628) aanvaar dit ten aansien van die volmaggewer en gevolmagtigde.

47 *Hunt, Leuchars & Hepburn Ltd: in re Jeansson supra* 497 (ter versekering van 'n skuld); *Ex parte Administrator of Estate Wessels supra* 267. Vgl *Ward v Barrett supra* 738; Silke par 101 (628 632).

48 Vgl *Bhanjee v Kara Devraj* 1933 NPD 547 552 (acted upon); *Tucker's Fresh Meat Supply Ltd v Echakowitz* 1957 4 SA 354 (W) 356; *Goodriche & Son v Auto Protection Insurance Co Ltd* 1967 2 SA 501 (N) 506.

49 *Ex parte Kelly supra* 84 (as daar 'n *adstipulatio* was). Vermoedelik geld dit nog.

50 *Tromp & Playfair v Currie* 1966 2 SA 704 (RAD) 706–707; Silke par 101b (628); Stuart 1966 *ASSAL* 107–108 (omdat dit niks met 'n volmag te doen het nie).

51 *Tromp & Playfair v Currie supra* 707.

Oor die geval van die faktoor (die bestuurder van 'n ander se sake-onderneming) bestaan daar twyfel omdat dit nog nooit deur die regspraak bevestig is nie en al gekritiseer is.[52]

Redes vir die bestaande regsreëling en die uitsonderings word nie in die bronne uitgespel nie. Dit wil voorkom of die Suid-Afrikaanse reg die gemenereg insake die lasgewingskontrak handhaaf en dat dit aanleiding gee tot die gevolgtrekking dat die volmag moet verval by die dood van die volmaggewer of die gevolmagtigde omdat gemelde gebeurtenisse die lasgewingskontrak wat daarmee saamgaan, beëindig. Waar die volmag aan 'n ander soort kontrak gekoppel is wat nie by die dood van een of albei van die kontrakspartye tot 'n einde kom nie, geld gemelde *ratio* nie en kan die volmag dus die dood van die een of die ander oorleef.

5 ENKELE EUROPESE REGSTELSELS

Vir doeleindes van hierdie bespreking is dit voldoende om na net twee regstelsels te kyk, naamlik die Franse en Duitse.

Die Franse reg is nog geskoei op die ou gemeenregtelike patroon wat die volmag as deel van die lasgewingskontrak behandel. Volgens die tradisionele benadering verval die lasgewingskontrak, en dus die volmag, by die dood van die lasgewer of die lashebber.[53] Blykbaar kan die partye hierdie reëling deur ooreenkoms uitsluit en 'n volmag verleen wat eers na die dood van die volmaggewer uitgevoer moet word.[54]

Die Duitse reg onderskei duidelik tussen die volmag en die verhouding tussen die volmaggewer en gevolmagtigde. Daar word bepaal dat die volmag verval by die beëindiging van die regsverhouding waarop dit gebaseer is.[55] Gaan kyk 'n mens na die reëls wat betrekking het op die verhouding tussen volmaggewer en gevolmagtigde dan blyk die volgende: die dood van die lasgewer beëindig nie die lasgewingskontrak nie tensy die partye so bepaal het.[56] Die dood van die lashebber beëindig wel die lasgewingskontrak tensy die partye anders bepaal het.[57] Ook die dienskontrak word deur die dood van die werkgewer en dié van die werknemer beëindig tensy anders bepaal word.[58] Daarenteen beëindig die dood van die handelsverteenwoordiger[59] en die dood van die prosesverteenwoordiger[60] nie die volmag nie tensy dusdanig in die volmag bepaal is.

Dit is dus duidelik dat die Franse reg nog die tradisionele opvattings weerspieël terwyl die Duitse reg van 'n herwaardering van die reg spreek. Die Duitse reg verwerp die dogmatiese vereiste dat die volmaggewer moet leef wanneer die

---

52 De Wet en Van Wyk 106 vn 116. Die argument is dat by die dood van die volmaggewer die reg insake die bereddering van boedels ooreem wat dan bepaal hoe en deur wie daar met die bates van die oorledene gehandel moet of mag word. Hierdie reëls sluit die gerieflikheidsreëling van die gemenereg uit.

53 Par 2003 *CC*.

54 Muller-Freienfels *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft* (1955) 316.

55 Par 168 *BGB*.

56 Par 672 *BGB*.

57 Par 673 *BGB*.

58 Par 613 *BGB*.

59 Par 52(3) *HGB*.

60 Par 86 *ZPO*.

volmag uitgevoer word en dat die bevoegdheid van die gevolmagtigde beperk moet word tot dit wat die volmaggewer self kan doen.[61] Die gevolmagtigde kan na die dood van die volmaggewer nog die erfgename verteenwoordig sonder dat die erfgename persoonlik 'n volmag aan hom verleen het.[62] Daar word spesifiek bepaal dat betalings namens die volmaggewer nog na sy dood kan geskied.[63] Daar is waarskynlik 'n dringende praktiese behoefte aan die voortbestaan van dié volmag.[64]

6 ENGELSE REG

Die Engelse *common law* ken ook die reël dat die dood van die prinsipaal (volmaggewer) die volmag (*authority*) van die gevolmagtigde (agent) tot 'n einde bring.[65] Dit is die dood wat die volmag beëindig en die feit dat die gevolmagtigde of die derde geen kennis daarvan gedra het nie is nie ter sake nie.[66] Die gevolg is dat enige handeling wat die agent na die dood van die prinsipaal verrig nie die prinsipaal se boedel bind nie, selfs waar hy *bona fide* daarvan onbewus was. Dit raak egter nie regte wat voor die dood van die prinsipaal verwerf is nie.[67]

Die *ratio* vir hierdie reël word gewoonlik gegee in die woorde van die beroemde lord Ellenborough:[68] "How can a valid act be done in the name of a dead man?" Verteenwoordiging vereis 'n prinsipaal en die oorlede volmaggewer kan nie meer die prinsipaal wees nie. Daar bestaan egter die moontlikheid dat die agent die handeling namens die boedel of erfgename kan verrig en dat hulle, wat wel die prinsipaal kan wees, die handeling kan bekragtig.[69] Ander redes wat

---

61 Muller-Freienfels "Law of agency" 1956 *AJCL* 165–188 184–185.

62 Muller-Freienfels *Vertretung* 311.

63 *Idem* 318.

64 *Idem* 324.

65 *Shipman v Thompson* 1738 Willes 104 (125 ER 1078); *Wynne v Thomas* 1745 Willes 563 (125 ER 1322); *Wallace v Cook* 1804 5 Esp 117 (170 ER 757); *Lepard v Vernon* 1813 2 V & B 51 (35 ER 237); *Watson v King* 1815 4 Camp 272 (171 ER 87); *Cottle v Adrich* 1815 4 M & S 175 (105 ER 799); *Houstoun v Robertson* 1816 6 Taunt 448 (128 ER 1109); *Blades v Free* 1829 9 B & C 167 (109 ER 63); *Graham v Jackson* 1845 6 QB 811 (115 ER 306); *Whitehead v Lord* 1852 7 Ex 691 (155 ER 1126); *Campanari v Woodburn* 1854 15 CB 400 (139 ER 480); *Bailey v Collett* 1854 18 Beav 179 (52 ER 71); *Farrow v Wilson* 1860 LR 4 CP 744; *Carr v Livingston* 1865 35 Beav 41 (55 ER 809); *Drew v Nunn* 1879 4 QB 661; *Pool v Pool* 1889 58 LJP 67; *Brace v Calder* 1895 2 QB 253 261; *Friend v Young* 1897 2 Ch 421 428; *In re Overweg: Haas v Durant* 1900 1 Ch 209 211; *Wellington Steam Ferry Co (Ltd) (in liquidation) v The Wellington Deposit, Mortgage and Building Association (Ltd)* 1915 34 SC 913 (NZ); *In re Williams: Williams v Ball* 1916 1 Ch 1 7–8; *Kennedy v Thomassen* 1929 1 Ch 426; Halsbury *Laws of England* (1973) vol 1 par 882; *Bowstead on agency* (1985) par 126; Fridman *The law of agency* (1983) 362; Powell *The law of agency* 388; Paley *A treatise on the law of principal and agent* (1833) 185; Wright *The law of principal and agent* (1901) 320 321.

66 *Blades v Free supra*; *Smout v Ilberry* 1842 10 M & W 1 (152 ER 357); *Pool v Pool supra*; *Friend v Young supra* 429; *Kennedy v Thomassen supra*; Wright 322; vgl Fridman 363 367 wat meen dat dit dalk anders is. *Drew v Nunn supra* 667 bespreek die vraag of die reëls van "ostensible authority" dalk van toepassing is en meen dat dit nie die geval kan wees nie.

67 *Whitehead v Lord supra*; Bowstead 511.

68 *Watson v King supra* 274. Ook *Shipman v Thompson supra* 105; *Drew v Nunn supra* 666; *Wellington Steam Ferry Co (Ltd) (in liquidation) v The Wellington Deposit, Mortgage and Building Association (Ltd) supra* 917; Paley 186; Bowstead 514 *ad* par 126.

69 *Foster v Bates* 1843 12 M & W 226 (152 ER 1180) (waar die prinsipaal se naam nie by kontraksluiting genoem is nie); Halsbury par 882; Bowstead 515 *ad* par 126. Vgl *Campanari v Woodburn supra* 409.

soms vir die reël aangegee word, is dat die reg die boedel moet beskerm teen die moontlikheid van bedrog en skelmstreke;[70] dat die verhouding tussen die prinsipaal en die verteenwoordiger 'n persoonlike verhouding is en dat die verteenwoordiger dus nie verplig is om die boedel of die erfgename as prinsipaal te aanvaar nie;[71] of dat verteenwoordiging 'n voortdurende toestemming van die prinsipaal vereis wat by die dood van die prinsipaal verdwyn.[72]

Daar is egter 'n aantal uitsonderings of kwasie-uitsonderings: die dood van die volmaggewer beëindig nie altyd 'n sogenaamde onherroeplike volmag nie, maar die blote betiteling van die volmag as 'n onherroeplike volmag het nie hierdie uitwerking nie.[73] Daar is ook 'n gebruik (of gewoonteregsreël) van die effektebeurs waarvolgens makelaars by die dood van die opdraggewer nie verhinder word om tog sekere handelinge te verrig nie.[74] 'n Ou reël het 'n besondere uitsondering by wat die Engelse "copyhold" noem, geskep[75] en in die moderne tyd kan 'n houer van 'n onvoltooide wissel dit na die dood van die trekker voltooi.[76] Al hierdie gevalle word beheers deur hulle eie reëls en nie deur die wil van die partye nie. Dit is nie vir die partye moontlik om deur ooreenkoms te bepaal dat die volmag na die dood van die volmaggewer sal voortduur nie.[77]

Mettertyd het die Engelse wetgewer uitsonderings geskep. Die Factors Act van 1889 het bepaal dat die "mercantile agent" wat goedere ontvang het om te verkoop daarmee kan handel nieteenstaande die beëindiging van sy volmag of toestemming; daaronder kan 'n mens die beëindiging van die volmag deur die dood reken.[78] Die Conveyancing Act van 1882 (sedertdien herroep) het ook sekere uitsonderings geskep ten aansien van volmagte vir "valuable consideration", wat as onherroeplik verklaar is, of wat die betaling van geld magtig.[79] Ooreenstemmende bepalings is opgeneem in die Law of Property Act van 1925 wat ook weer herroep is.[80] Vandag bepaal die Powers of Attorney Act van 1971 dat 'n "power of attorney" wat onherroeplik verleen is en 'n vermoënsregtelike belang van die gevolmagtigde beskerm of die nakoming van 'n verpligting teenoor die gevolmagtigde verseker, nie deur die dood van die volmaggewer beëindig word nie so lank as wat die belang bestaan of die verpligting nie nagekom is nie.[81] In die geval van 'n "power of attorney" wat nie hieronder val nie is die posisie dat enige transaksie daarkragtens geldig is teenoor enige persoon wat nie van die herroeping ("revocation") daarvan bewus is nie en dat die agent nie persoonlik aanspreeklik is as hy daarkragtens handel op 'n

70 Bowstead 514 *ad* par 126.
71 *Farrow v Wilson supra* 746.
72 Powell 388.
73 *Watson v King supra*; Paley 186; Powell 388; vgl *Spooner v Sandilands* 1842 1 Y & C Ch Cas 390 (62 ER 939). Halsbury par 872 is meer beslis maar verwys na die statutêre bepalings wat later vermeld word.
74 *Phillips v Jones* 1888 4 TLR 401; Powell 389.
75 *Bailey v Collett supra* 182.
76 *Carter v White* 1883 25 CHD 666 672–693: daar is geen volmag nie.
77 *Brace v Calder supra* 261; contra Wolff "Legality of a provision in a power of attorney that it shall not be revoked by the donor's death" 1946 *LQR* 273–277. Bowstead 514 *ad* par 126 meen die posisie is onseker.
78 A 2.
79 A 8 9 47.
80 124(1) 126 127.
81 A 4(1).

tydstip wat hy van die herroeping onbewus was nie.[82] "Herroeping" dek ook hier herroeping deur die dood.[83]

Soos te verwagte is, word ook geleer dat die dood van die agent die volmag tot 'n einde bring.[84] Die rede daarvoor is dat die verhouding tussen die prinsipaal en agent as 'n persoonlike verhouding gesien word waar die prinsipaal die agent kies as gevolg van die vertroue wat hy in hom stel en dat hy gevolglik nie die agent se eksekuteur, erfgename of regsopvolgers as sy agent hoef te aanvaar nie.[85] Alhoewel daar gesê word dat dit op die bedoeling van die partye berus,[86] is daar geen aanduiding dat hulle kan kontrakteer dat dit anders sal wees nie. Die prinsipaal kan wel 'n nuwe volmag verleen. Moontlik bestaan daar 'n uitsondering ten aansien van die onherroeplike volmag.[87]

7 AMERIKAANSE REG

Die reg van die meeste state van die Verenigde State van Amerika is gebaseer op die Engelse *common law*.[88] Die basiese reël ten aansien van hierdie aangeleentheid is dat die volmag tot 'n einde kom by die dood van die prinsipaal (volmaggewer)[89] en dié van die agent (gevolmagtigde).[90] As rede vir die beëindiging van die volmag by die dood van die prinsipaal word gewoonlik aangevoer dat die volmag van die bestaan van die prinsipaal afhanklik is. By sy dood is daar geen prinsipaal wat die agent kan verteenwoordig nie.[91] Ander verklarings is dat verteenwoordiging van die wil van die prinsipaal afhang en dat dit by sy dood verdwyn;[92] dat die agentskapverhouding 'n konsensuele verhouding is wat tot 'n einde kom by die dood van die prinsipaal;[93] en dat dit 'n persoonlike verhouding is wat nie met die prinsipaal se regsopvolgers voortgesit word nie.[94] Die verhouding tussen prinsipaal en verteenwoordiger kom tot 'n einde by die dood van die agent omdat die prinsipaal die agent persoonlik uitgekies het en hy dus nie verplig is om sy regsopvolgers as verteenwoordigers te aanvaar nie.[95]

Daar is wel 'n aantal uitsonderings, naamlik dat 'n bank 'n tjek op hom getrek deur 'n oorlede kliënt kan betaal totdat hy kennis van die dood van die kliënt

---

82 A 5(1) 5(2).
83 Vgl Bowstead par 130.
84 *Adams v Buckland* 1705 2 Vern 514 (23 ER 929); *Tasker v Shepherd* 1861 6 H & N 575 (158 ER 237); *Wilson v Harper* 1908 2 Ch 370 373 (maar nie 'n geval van "agency" nie); Bowstead par 126; Halsbury par 883; Wright 320 335.
85 *Farrow v Wilson supra*; *Wilson v Harper supra* 373; Bowstead 514 *ad* par 126; Halsbury par 883; Wright 335.
86 *Tasker v Shepherd supra* 582.
87 Halsbury par 872.
88 Daar is wel uitsonderings soos Louisiana.
89 *American Restatement, Agency* vol 1 par 120(1); 67 ALR 1419; Mechem *Outlines of the law of agency* (1952) par 275 (1) (184); Reuschlein en Gregory *Handbook on the law of agency and partnership* (1979) par 45; Seavey *Handbook of the law of agency* (1964) par 48 (88); Story *Commentaries on the law of agency* (1882) par 349 488. Vgl ook *Harper v Little* 1822 2 Greenleaf 14 18; *Hunt v Rousmanier* 1823 8 Wheaton 174 201.
90 *Restatement* par 121; Mechem *Outlines* par 275 (183); Reuschlein en Gregory par 45; Seavey *Handbook* par 48.
91 *Restatement* 305 *ad* par 120; Seavey "Termination by death of proprietary powers of attorney" 1922 *Yale LJ* 283–298 296–297; Mechem "Powers of an agent after the death of the principal" 1930 *Harv LR* 265–269 266.
92 Story par 488 (600); *Hunt v Rousmanier supra* 201.
93 *Restatement* 305 *ad* par 120.
94 *Ibid.*
95 Mechem *Outlines* 275 (183).

kry;[96] dat die houer van 'n tjek betaling kan invorder;[97] en dat 'n sogenaamde "proprietary power" nie by die dood van die partye verval nie.[98]

'n Besondere vraag in die Verenigde State is na die billikheid van die reël dat die volmag nieteenstande die onkunde van die verteenwoordiger by die dood van die prinsipaal verval. Die algemene beskouing is dat daar nie sprake kan wees van 'n "apparent authority" nie,[99] omdat die prinsipaal geen skyn skep dat die volmag nie by sy dood sal verval nie of dat hy sal bly leef nie. Verskeie state het dan ook statutêre maatreëls aangeneem waarvolgens verskillende vorme van verligting aan die agent en/of die derde verleen word. Sommiges bepaal dat die handeling van die agent die boedel van die prinsipaal bind (geldig is) as die derde *bona fide* onbewus is van die prinsipaal se dood;[100] ander bepaal weer dat die volmag eers verval as die agent kennis van die prinsipaal se dood kry.[101] Hierdie maatreëls is egter uitsonderings.[102] Die daarstelling van uitsonderings het desnietemin die voordeel dat daar geen twyfel is dat die agent nie op grond van enige stilswyende waarborg aanspreeklik is vir die skade wat 'n derde ly as gevolg van die afwesigheid van 'n volmag wat die beweerde prinsipaal of sy boedel bind nie.[103]

Die Amerikaanse reg getuig dus van pogings om die onbillikhede van die reël dat die dood van die prinsipaal die volmag beëindig, te temper sonder om die reël heeltemal prys te gee. Story het wel geargumenteer dat die volmag nie verval as die agent die gemagtigde handeling in sy eie naam kan verrig nie.[104]

Die hele kwessie van uitsonderings bied wel probleme omdat geredeneer word dat daar net twee moontlikhede is, naamlik dat die uitsonderings geen ware uitsonderings is nie of dat daar geen ware teoretiese voorskrif is wat vereis dat die dood van die prinsipaal die volmag beëindig nie.[105] Daar is egter nog geen aanduiding dat die praktyk laasgenoemde aanvaar nie.

8 GEVOLGTREKKINGS

Histories gesien, is dit duidelik dat die Suid-Afrikaanse reg insake die volmag nou met die reg insake lasgewing verbind is. Dit is ook heeltemal aanvaarbaar dat die volmag die lotgevalle van die regsinstelling moet volg wat die verhouding tussen volmaggewer en gevolmagtigde reël.

---

96 *Restatement* par 120(2); Reuschlein en Gregory 87; Seavey *Handbook* par 48 (90).
97 *Restatement* par 120(3).
98 Mechem *Outlines* par 275 (184); Seavey 1922 *Yale LJ* 285. Volgens *Hunt v Rousmanier supra* 202–203 verval die sogenaamde "irrevocable power of attorney" wel by die dood van die prinsipaal.
99 Mechem 1930 *Harv LR* 266; vgl Mechem *Outlines* 193–195.
100 California a 2356(b); South Carolina a 32 11 10.
101 Manitoba a 72 5 502; Maryland a 13 602; Pennsylvania a 304 (in die geval van die verkoop van grond); Wisconsin a 706 08 (in die geval van die oordrag van grond). Die bepaling van Wisconsin a 243 06 dat die volmag eers by kennis van die prinsipaal se dood verval, het op 1982-05-01 verval.
102 Die gewone beginsel is dat die onkunde van die agent of derde aangaande die dood van die prinsipaal nie die volmag in stand hou nie: *Restatement* 306–307 *ad* par 120; Mechem *Outlines* par 287–289 (met kritiek); Reuschlein en Gregory 87; Seavey *Handbook* par 48 (89–90) (met kritiek); Story par 488 (598 vn 1) (met kritiek); *Harper v Little supra* 18; vgl ook Seavey "Problems in restatement of the law of agency" 1930 *ABAJ* 117–121 121.
103 Dit is een van die vernaamste besware teen die gemenereg dat die agent aldus aanspreeklik kan wees: Mechem *Outlines* 193–195; Seavey *Handbook* par 89 (90).
104 Par 498 (625).
105 Seavey 1922 *Yale LJ* 295–296.

Wat lasgewing betref, is dit nog altyd as 'n persoonlike verhouding tussen lasgewer en lashebber gesien. In die vroegste tye was dit natuurlik onmoontlik dat die aksies ten gunste van en teen erfgename verleen word, maar selfs nadat dit moontlik geword het, het die lasgewingskontrak by die dood van enigeen van die partye verval sodat die lasgewer nie op uitvoering van die las deur die lashebber se erfgename kon aandring nie en die lasgewer se erfgename nie uitvoering van die las kon eis nie. Insgelyks kon die lashebber nie teenoor die erfgename van die lasgewer aandring op uitvoering van die las nie en kon hulle nie eis dat hy die las uitvoer nie. Hierdie reëling is heeltemal verstaanbaar in die lig daarvan dat lasgewing sy oorsprong in vriendskap gevind en die gratis uitvoering van die las behels het. Toe lasgewing later 'n vergoedende element bygekry het, het die lashebber volgens die gemelde reëling by die dood van die lasgewer die geleentheid verloor om sy vergoeding te verdien en kan daar geredeneer word dat die argument nie langer opgaan nie.

Die Romeine het egter twee belangrike uitsonderings geken: die las verval nie by die dood van die lasgewer voordat die lashebber kennis van sy dood verkry nie; en in uitsonderingsgevalle is 'n kontrak om 'n las na die dood van die lasgewer uit te voer, geldig. Hieruit blyk dat dit die reg is wat bepaal dat die las by die dood van een van die partye verval, maar dat die onbillikheid daarvan in die prakyk getemper is. Die uitsonderings is ook van regsweë neergelê en is nie net van die wil van die partye afhanklik nie.

Beide uitsonderings geld vandag nog sodat in ons reg die las net by die dood van die lasgewer verval as die lashebber kennis van hierdie feit verkry terwyl daar uitsonderingsgevalle erken word, en erken kan word waar die las na die dood van die lasgewer uitgevoer kan word selfs waar die lashebber kennis van die lasgewer se dood gekry het.

Wat die volmag betref, moet daar rekening gehou word met die feit dat dit gerig is op die verteenwoordiging van die volmaggewer en dat daar 'n verteenwoordigde vir die effektiewe aanwending van die volmag moet wees. As daar geen verteenwoordigde is nie, is geen verteenwoordiging moontlik nie en is die volmag nutteloos; dit verval dus. Maar as hierdie slotsom so toegepas word dat die volmag by die dood van die volmaggewer verval, word die aanname gemaak dat as die volmaggewer sterf daar geen prinsipaal is nie. Dit is egter altyd moontlik om die boedel (as dit 'n regsubjek kan wees) of die erfgename as die prinsipaal te beskou sodat verteenwoordiging nog moontlik is en die gevolmagtigde gemagtig kan bly om die handeling wat hy onderneem het, te verrig.

Vervolgens moet daar nog rekenskap gegee word van die verwantskap tussen die volmag en die onderliggende verhouding. As die lashebber na die dood van die lasgewer tot met die verkryging van kennis van hierdie feit geregtig is om die las uit te voer, behoort hy ook in staat te wees om kragtens 'n volmag te kan handel. Estoppel kom nie ter sprake nie. Hier is bloot 'n uitsondering ter wille van billikheid en dienstigheid. Geen statutêre reëling is nodig nie omdat alles met 'n beroep op die gemenereg moontlik is. Die posisie is dan bloot dat waar die gemenereg die lashebber toegelaat het om byvoorbeeld die uitgawes wat hy aangegaan het om 'n saak te koop, van die lasgewer se erfgename te eis, die derde dit nou direk kan doen.

Insgelyks behoort dit moontlik te wees om 'n volmag te verleen wat spesiaal na die dood van die volmaggewer uitgevoer moet word, maar slegs in daardie

gevalle wat die reg goedkeur. Die Romeine het die oprigting van monumente goedgekeur; vandag kan ander gevalle moontlik goedgekeur word.

Die probleem met die volmag wat na die dood van die volmaggewer bly bestaan, is seker dat dit inmeng met die beredderingsproses van die boedel soos ons dit ken. Hier is daar egter die aanname dat die oorledene se boedel gefikseer moet word soos dit by sy dood is en dat die eksekuteur dié boedel moet beheer, te gelde maak en verdeel. Die antwoord is sekerlik dat fiksering nie in 'n absolute sin verstaan moet word nie omdat alle kontrakte wat die oorledene aangegaan het en nie uitgevoer is nie, tog deur die boedel en die eksekuteur eerbiedig en uitgevoer moet word. Die kontrak wat die onderliggende verhouding tussen die volmaggewer en die gevolmagtigde reël, kan in beginsel ook sodanige kontrak wees. Verder moet in ag geneem word dat die volmaghouer nie die boedel soos 'n eksekuteur beheer nie, maar slegs ingevolge die volmag kan handel. Die eksekuteur sou die volmag kon herroep en skadevergoeding weens kontrakbreuk betaal indien dit die belange van die boedel beter as die erkenning en handhawing van die volmag sal dien. Ook die beredderingsproses is dus geen beletsel vir die erkenning van 'n volmag wat die volmaggewer oorleef nie.

'n Laaste vraag is een van openbare beleid. Sou die erkenning van 'n volmag wat die lasgewer oorleef nie neerkom op 'n verontagsaming van die formaliteite wat vir testamente gestel word nie? Die antwoord is dat die gevolmagtigde vir die lasgewer, en na sy dood vir sy erfgename, handel en aan hulle rekenskap verskuldig is. Testamente het te doen met beskikkings oor die bates wat aan bepaalde of bepaalbare bevoordeeldes toekom; as die volmag aan die gevolmagtigde 'n opdrag gee om sekere bates onder sekere bevoordeeldes te distribueer, dan kan die bepaalde geval ontoelaatbaar wees. Dit beteken nog nie dat alle volmagte na die dood van die volmaggewer moet verval omdat hulle voortbestaan strydig met die openbare beleid is nie.

PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

Uit hierdie fonds word finansiële hulp vir die publikasie van regsproefskrifte en ander verdienstelike manuskripte verleen.

Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:

Prof DJ Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

The doctrine of subjective rights: a critical reappraisal from the fringes of property law

AJ van der Walt
B Jur Hons (BA) LLM LLD
Professor of Private Law, University of South Africa

OPSOMMING

Die leerstuk van subjektiewe regte: 'n kritiese herwaardering vanuit die randgebied van die sakereg

Die leerstuk van subjektiewe regte berus op die fundamentele uitgangspunt dat daar vir elke remedie 'n subjektiewe reg moet bestaan wat deur die remedie beskerm word; gevolglik word elke regsverhouding as 'n subjektiewe reg gekonstrueer. Die beskerming van fisiese beheer deur middel van die *mandament van spolie* word egter verleen afgesien van die regmatigheid van die vooraf bestaande en versteurde beheer. Daarom is dit moeilik om die werking van hierdie remedie teoreties binne die raamwerk van subjektiewe regte te verklaar. Die gevolg van hierdie teoretiese probleem was enersyds dat sekere outeurs tot die onverkwiklike gevolgtrekking gekom het dat die beheer wat deur die *mandament* beskerm word, selfs al was dit onregmatig of onwettig, as 'n subjektiewe reg op besit beskou moet word; andersyds beskou ander outeurs die beskerming van beheer deur die mandament van spolie as 'n randgebied van die sakereg in 'n poging om die teoretiese implikasies van eersgenoemde benadering te ontsnap. In hierdie artikel word betoog dat die leerstuk van subjektiewe regte eerder aangepas moet word, en dat die fundamentele regsverhouding nie as 'n subjektiewe reg nie, maar eerder as 'n subjektiewe *verhouding* gekonstrueer moet word ten einde voorsiening te maak vir die bestaan van regsverhoudinge tussen regsubjek en saak wat nie as subjektiewe *regte* beskou kan word nie. Die beskerming of handhawing van sodanige verhoudinge kan dan, soos in die geval van die *mandament van spolie*, verklaar word sonder om noodwendig na die beskerming van subjektiewe regte te verwys. Bloot feitelike regsverhoudinge word naamlik op grond van regspolitieke oorweginge ook deur die reg gehandhaaf, en dit behoort deur die leerstuk van subjektiewe regte gereflekteer te word.

1 INTRODUCTION

The doctrine of subjective rights[1] was introduced into South African legal theory largely through the writings of WA Joubert.[2] Through his analysis and the subsequent work of a number of his students[3] and their students[4] this doctrine was

1 Van der Vyver "The doctrine of private-law rights" in *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (ed Strauss 1988) 201–246 uses the English term "private-law rights" for what is known as *subjektiewe regte* in Afrikaans. Joubert "Die realiteit van die subjektiewe reg en die betekenis van 'n realistiese begrip daarvan vir die privaatreg" 1958 *THRHR* 100 prefers "legal rights". In English "subjective" may cause confusion, but the term in itself is such an integral part of the doctrine (see Joubert 1958 *THRHR* 98 104–105; Neethling *Die reg op privaatheid*

accepted[5] in and adapted for South African private law.[6] The first substantive theoretical expansion of the original doctrine was announced recently by one of Joubert's students,[7] signalling the coming of age of this doctrine in South African legal theory. Van der Vyver's efforts to explain the doctrine in English[8] provides the cue for a critical reappraisal of the doctrine.[9]

Interesting as that may be in itself, the intention with this article is not to discuss or evaluate the origin and development of the doctrine of subjective rights.[10] Firmly established tenets of the doctrine will, for the most part, not be questioned, and the four categories into which legal objects and their respective subjective rights are traditionally classified and the possible introduction of further categories will not be discussed here. The definitions of legal subject,

---

continued from previous page

(LLD thesis Unisa 1976) 287) that it seems a pity to abandon it. In the remainder of this article the term will be used to denote that particular category of rights which are known as *subjektiewe regte* in Afrikaans.

2 See Van der Vyver (1988) 201. The writings in question are Joubert *Grondslae van die persoonlikheidsreg* (1953) and "Die realiteit van die subjektiewe reg en die betekenis van 'n realistiese begrip daarvan vir die privaatreg" 1958 *THRHR* 12–15 98–115.

3 Some of the contributions to the *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (1988) mentioned in fn 1 above are examples. See further Van der Merwe *Die beskerming van vorderingsregte uit kontrak teen aantasting deur derdes* (LLD thesis UOVS 1958); Van Heerden *Grondslae van die mededingingsreg* (LLD thesis UOVS 1958, HAUM 1961); Neethling (LLD thesis Unisa 1976); Neethling *Persoonlikheidsreg* (1985).

4 See Coetzer *Die reg op identiteit* (LLM dissertation Unisa 1986); Potgieter *Aspekte van die juridiese beskerming van die godsdiensgevoel* (LLD thesis Unisa 1987).

5 The doctrine was accepted in case law in *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films* 1977 4 SA 376 (T). See the case discussion of Potgieter 1978 *THRHR* 327–333 and the decision on appeal in *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films* 1979 1 SA 441 (A).

6 More recently there were efforts to adapt this theory for South African public law as well: see Venter *Publiekregtelike subjektiewe regte: 'n beskouing oor die regsverhouding tussen staat en burger* (1980); Venter *Die publiekregtelike verhouding* (1984); Wiechers "Die publieke subjektiewe reg" in *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (1988) 270–291. For comments on this trend see Du Plessis's review of Venter (1984) in 1987 *THRHR* 113–123; Van der Vyver (1988) 208.

7 Neethling "Persoonlike immaterieelgoedereregte: 'n nuwe kategorie subjektiewe regte?" 1987 *THRHR* 316–324. Neethling and Le Roux "Positiefregtelike erkenning van die reg op die verdienvermoë of 'the right to exercise a chosen calling' " 1987 *Industrial LJ* 719–730 argue that personal immaterial property rights display characteristics of both personality rights and immaterial property rights, and that it must therefore be seen as a separate category of rights. See further in this regard Neethling, Potgieter and Visser *Deliktereg* (1989) 41, especially fn 69 and 70; Neethling "Die reg op die verdienvermoë en die reg op die korrekte inligting as selfstandige subjektiewe regte" 1990 *THRHR* 101–105.

8 See "Expropriation, rights, entitlements and surface support of land" 1988 *SALJ* 1–16; (1988) 201–246.

9 A critical reappraisal of sorts was undertaken by Labuschagne "Relatiewe kante van die subjektiewe reg" 1988 *THRHR* 377–381, but then on a different level. Labushcagne approaches the doctrine of subjective rights from extreme normative relativism, assuming that the existence of a subjective right can only be investigated once a violation is in issue (existential relativism); and that the differential application of legal principles with regard to race, sex and mental health provides examples of the relative effect of subjective rights (functional relativism). He assumes that the so-called absolute effect of subjective rights is essential to the theoretical integrity of the doctrine, but even then it is doubtful whether Labuschagne uses "relative" in the same sense as Joubert or Van der Merwe.

10 A brief but interesting historical overview is supplied by Joubert 1958 *THRHR* 98–115; see also Houwing *Subjektief recht, rechtssubject, rechtspersoon* (1939) 36–42; Neethling (1976) 287–288.

legal object and subjective right are accepted as they were formulated by the proponents of this doctrine,[11] while Van der Vyver's[12] use of the English term "entitlement" for the Afrikaans *bevoegdheid* is accepted as the best denominator for the "rights" deriving from a subjective right. Van der Vyver's term "creditor's right" is also accepted as a better alternative than "claim" for the Afrikaans *vorderingsreg*.[13]

Having said all that, the question may well be asked: if none of the aspects mentioned is going to be discussed, what remains to be reappraised? During the seventies it was in vogue amongst philosophers of science[14] to debate the development of scientific theories by way of minor internal adjustments on the one hand and through major external revolutions on the other. The introduction of a new category of subjective rights as suggested by Neethling[15] would be an example of the former, in which an internal inconsistency or inability to explain some phenomenon is surmounted by a minor adjustment of the theory. The criticism which leads to such a minor adjustment being made is usually internal in character: it reveals the inconsistency or defect without questioning the fundamental validity of the theory itself. Criticism that leads to a major scientific revolution, however, goes further than that – it questions the validity of the theory itself from outside the theory. A major theoretical revolution, it is argued, can occur only when a theory is so defective that it fails to explain fundamental aspects of the subject matter it is concerned with. Such a failure cannot be perceived from within the theory because of the very fact that the theory does not accommodate or explain that phenomenon. A major theoretical revolution, therefore, must originate in criticism from outside the theory, just as the physical displacement of a mass depends on external leverage.[16]

The purpose of this article is something between a minor internal adjustment and a major external revolution – hence the reappraisal "from the fringes" of the doctrine rather than from within or outside. The expression "fringes of property law" alludes, moreover, to the curious legal status of the examples referred to. At the same time it conveys something of what the Dutch jurist Van Maanen[17] described as balancing on the edge of the law, a form of theoretical

---

11 Esp Joubert 1958 *THRHR* 12–15 98–115; Van Zyl and Van der Vyver *Inleiding tot die regswetenskap* (1982) 371–439; Van der Vyver (1988) 201–246.

12 See 1988 *SALJ* 1–16 and esp (1988) 214–216.

13 See Van der Vyver (1988) 232.

14 See esp Kuhn *The structure of scientific revolutions* (1962), and the contributions of Kuhn, Toulmin, Popper, Lakatos and Feyerabend in *Criticism and the growth of knowledge* (eds Lakatos and Musgrave 1970).

15 See fn 7 above.

16 It is interesting to note that Joubert 1958 *THRHR* 13 99 rejects the idea that a legal concept or doctrine (ie theory) is a tool which can be used as and when necessary. However, Joubert also states that a concept or doctrine which does not reflect reality is false, and must be rejected (12 14). The falsification theory which underlies Kuhn's theory of scientific revolution goes just one step further by postulating that new research can prove an accepted theory to be so inadequate as to be false, thereby reducing a theory to a temporary tool of convenience. The difference between the two approaches is Joubert's tacit premise that it is possible to formulate a good theory that adequately reflects reality permanently. Recent developments in the theory of science (see fn 14) have proven that assumption to be false.

17 "Balanceren op de grens van de rechtsorde" 1982 *Recht en Kritiek* 467–471. Van Maanen uses the phrase in a political sense, thereby indicating the balancing act between theoretical legal reform and outright activism. The idea of moving along the very extremities of the subject matter is, however, the same in both cases.

acrobatics exploring the extremities of a subject in search of new perspectives.[18] The intention is, then, to explore a certain problem area that is not explained satisfactorily by the doctrine of subjective rights, to find a solution for this problem and to determine the implications of the solution for the integrity of the doctrine of subjective rights.

2 DEFINING THE PROBLEM FROM THE FRINGES OF PROPERTY LAW

The problem with which this article concerns itself can be explained most clearly with reference to the law of possession, which may be called the fringes of the law of property in the sense that the nature, function and proper place of this part of the law have been questioned for a long time. Savigny[19] and Puchta[20] treated the law of possession as part of the law of personality rather than of the law of property, implying that the possessory remedies are aimed at the protection of the person rather than of his possession. De Vos[21] describes possession and its legal effects as an adjunct to the law of property, and not part of the law of property itself, while Silberberg-Schoeman[22] suggests that the right enjoyed by a possessor should be seen as a right *sui generis*. The reason for all this confusion concerning the nature and proper place of this part of the law is closely connected to the doctrine of subjective rights, and particularly its inability to provide a satisfactory answer to the question whether possession is a fact or a right.

With regard to this question, it is usually said[23] that possession is a legal fact which is the source of a right, thus avoiding the trap of calling it one rather than the other. The same idea is expressed in the distinction between the so-called *ius possidendi* or right to claim possession and the *ius possessionis* or right resulting from the fact of possession.[24] This apparently satisfactory solution is arrived at with reference to Grotius's statement that the right of possession is a consequence of the fact of possession.[25] However, a number of qualifications should be kept in mind when considering Grotius's statement. In the first place

---

18 See also Van der Walt "Developments that may change the institution of private ownership so as to meet the needs of a non-racial society in South Africa" 1990 *Stell LR* 26–48.

19 *Das Recht des Besitzes: eine civilistische Abhandlung* (1803) 32 48–50.

20 *Pandekten* (1848) 174; *Cursus der Institutionen* (1851) 530–531 579.

21 "'n Bespreking van sekere aspekte van die regsposisie van besitters" 1959 *Acta Juridica* 199.

22 *Law of property* (1983) 116.

23 See Van der Merwe *Sakereg* (1989) 92; Silberberg-Schoeman (1983) 115.

24 Silberberg-Schoeman (1983) 117–118 132–135; Van der Merwe *The law of things* (1987) 50 § 52; Van der Merwe (1989) 92. It must be noted that Van der Vyver "Die juridiese grondslag van besitsbeskerming" 1970 *THRHR* 234–235; "Review of Van der Merwe *Sakereg* (1979)" 1980 *SALJ* 315; (1988) 218 goes much further in construing the *ius possessionis* as the limited real right which flows from the *ius possidendi*. His use of these terms actually amounts to a totally new interpretation with very little resemblance to the original distinction. See in this regard Van der Walt "Die funksies en omskrywing van besit" 1988 *THRHR* 279.

25 *Inleidinge* 2 2 1: "BEZIT-RECHT is dat uit het bezit volgt." Cf Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 2 2 1.

it is important[26] to note that Grotius explicitly restricted his statement to possession *animo rem sibi habendi*,[27] while modern authors do not distinguish between possession with and without that intention when calling it a right.[28] Secondly, the observation of Grotius should be treated with circumspection when discussing the doctrine of subjective rights, since his work predates the historical development of that doctrine.[29] In fact Grotius's statement of possession must be interpreted in the context of his effort to distinguish between ownership and possession. The tendency to stress this distinction was, with Grotius just as much as with classical lawyers[30] and medieval doctors such as Bartolus,[31] born out of the desire to contrast the owner's *ius rei disponendi*[32] with the possessor's mere *ius rei insistendi*,[33] a consideration which makes the reference to the *animus rem sibi habendi* in his definition of possession even more important.[34] Grotius's statement does not provide authority for a general inference that the fact of possession gives rise to a right to possession,[35] especially if the existence or protection of that right is explained[36] with reference to the *mandament van spolie*, the protection of which is not limited to possession *amino rem sibi habendi*. Between Grotius and the modern South African authors there is, therefore, a missing link in the form of an assumption which allows modern authors to ignore the explicit limits of Grotius's statement.

---

26 Grotius reminds his reader of the importance of this aspect, see *Inleidinge* 2 2 3: "Die laetste werd hier met groote reden by-ghevoegt . . ."

27 See *Inleidinge* 2 2 2: "BEZIT is de dadelicke behouding van een zaeck met wille om die te behouden voor ons ende niet voor een ander." See Van der Walt *Die ontwikkeling van houerskap* (LLD thesis PU for CHE 1985) 400–409 for a discussion of Grotius's treatment of ownership and possession in the *Inleidinge*.

28 Cf Silberberg-Schoeman (1983) 114–117; Van der Merwe (1989) 91–92.

29 According to Dubischar *Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative: ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht* (1961) 62, Grotius's distinction between *dominium* and *creditum* in *De iure belli ac pacis* (1625) is the source of the doctrine of subjective rights. The distinction itself was, however, already known to the Spanish moral theologians; see Feenstra "Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlicher und spätscholastischer Quellen" in *Festschrift Franz Wieacker* (eds Behrends *et al* 1978) 228. Feenstra *Ius in re: het begrip zakelijk recht in historisch perspectief* (1979) 24–27 describes the modern concept of subjective rights as a product of the nineteenth century, but adds that Grotius made an important contribution to its development. In the more recent "*Dominium* and *ius in re aliena*: the origins of a civil law distinction" in *New perspectives in the Roman law of property: essays for Barry Nicholas* (ed Birks 1989) 111–122 Feenstra revises his opinion and grants the place of honour to Donellus.

30 See Kaser "Der römische Eigentumsbegriff" in *Deutsche Landesreferate zur VI internationalen Kongress für Rechtsvergleichung* (1962) 31–32.

31 See Van der Walt "Bartolus se omskrywing van dominium en die interpretasies daarvan sedert die vyftiende eeu" 1986 *THRHR* 310.

32 Grotius *Inleidinge* 2 3 10 defines *volle eigendom* as the right "waer door iemand met de zake alles mag doen nae sijn geliefte ende t'sijnen bate dat by de wette onverboden is".

33 Grotius defines *bezit* as the "daedelicke behouding van een zaeck met wille om die te behouden voor ons ende niet voor een ander"; see fn 25 above. Cf *D* 41 2 17 and Bartolus on *D* 41 2 17 1 n 4.

34 The stress placed on the *animus* with which possession is exercised is, ever since preclassical Roman law, connected with the onus of proof in a vindicatory action rather than with the legal nature of possession itself: Van der Walt (1985) 47–48. Cf *D* 6 1 9 and Grotius *Inleidinge* 2 2 7.

35 Silberberg-Schoeman (1983) 115 speaks of the distinction between "possession as a combination of facts on the one hand, and the rights which flow from it on the other hand." Cf Van der Merwe (1989) 92.

36 Silberberg-Schoeman (1983) 116–117; Van der Merwe (1989) 983–994.

The logical quantum leap which bridged this gap was taken by Wille[37] in 1937. Before that possession in general was defined narrowly with reference to the *animus domini*,[38] according to the tradition of Grotius and Van der Linden.[39] The South African law of possession, however, was influenced by a new development which was unknown to Grotius: the application of the principle *spoliatus ante omnia restituendus est* in the form of the *mandament van spolie*.[40] This unique remedy is applied irrespective of the merit of the parties' claims to possession of the thing in question. Despite controversy concerning the correct theoretical explanation of this remedy[41] most authors agree that the remedy is unique in the sense that it is aimed at the restoration of despoiled possession regardless of whether that possession was based upon a right to possess or not, with the result that the remedy is also available to despoiled thieves and other illegal or unlawful possessors.[42] This remedy restores physically exercised possession to the possessor who has been unlawfully despoiled of it, even if that possession was illegal or unlawful in the first place. The *mandament van spolie* is, therefore, not concerned with the real rights or with rights at all – it restores what may be called mere factual possession which was unlawfully despoiled.

The traditional strict definition of possession clearly does not allow for the explanation of this unique remedy, and therefore early South African law is characterised by an apparent paradox. On the one hand possession is, for most purposes, defined strictly with reference to its *animus* element, while on the other hand it is defined more loosely to include virtually all forms of lawful and unlawful physical control for purposes of the *mandament van spolie*.[43] This apparent paradox was changed by Wille, who simply disregarded the narrow definition and defined possession in general as physical control with the intention of retaining control for one's own benefit.[44] This definition is now accepted as the authorative definition of possession in the wide sense,[45] especially in connection with the *mandament van spolie*. It is presumably also the definition used by modern authors when explaining the legal results of possession as the protection of a right, as is especially clear in those cases in which the application of the *mandament van spolie* is referred to as the most important example of such possessory protection.

---

37 In the first edition of *Principles of South African law* (1937) 143.

38 Ie with reference to the *animus rem sibi habendi* or the *animus domini*.

39 Grotius *Inleidinge* 2 2 2; Van der Linden *Koopmans handboek* 1 13 1.

40 See Kleyn *Die mandament van spolie in die Suid-Afrikaanse reg* (LLD thesis UP 1986) 280–297 for an overview of the reception and development of this remedy in South African law.

41 Various aspects of the controversy and the relevant literature are discussed by Van der Walt 1988 *THRHR* 288–293. See further Olivier, Pienaar and Van der Walt (1989) 222–224; Van der Merwe (1989) 124–125.

42 See Silberberg-Schoeman (1983) 137; Olivier, Pienaar and Van der Walt (1989) 222–224; Van der Merwe (1989) 120–121; see further Taitz "A spoliation order is a robust and unique remedy" 1982 *SALJ* 351–355; Kleyn 1986 *De Jure* 1–16; Van der Walt "Die beskerming van besit en houerskap in die Suid-Afrikaanse reg" 1987 *THRHR* 139–153; 1988 *THRHR* 288–293; and cf *Curatoren van 'Pioneer Lodge No 1' v Champion* 1879 OFS 51 54; *Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120 122; *Greyling v Estate Potgieter* 1947 3 SA 514 (W) 516–517.

43 Cf Josson *Schets van het recht van de Zuid-Afrikaanse Republiek* (1897) 453–454; Van Zyl *The theory of the judicial practice of the colony of the Cape of Good Hope and of South Africa generally* (1902) 343–344; Maasdorp *The Institutes of Cape law* (1903) part 3 23–26. See in this regard Van der Walt (1985) 447–452.

44 Wille (1937) 143.

45 See *Yeko v Qana* 1973 4 SA 735 (A) 739E.

Consequently the question is whether the so-called protection of possession by means of the *mandament van spolie* can be interpreted as the protection of a right. A number of authors[46] have attempted to explain the legal effects of possession, and particularly the protection of possession by the *mandament van spolie*, as an instance of the protection of real rights or property rights in order to fit it into the theory of subjective rights. This effort, which has assumed various forms with different authors, is responsible for a great deal of confusion and uncertainty about the legal nature of possession and the legal function of the *mandament van spolie*.[47] The first attempt, which cannot really be seen as a proper scientific explanation, is that of the early authors such as Wille and Maasdorp referred to earlier,[48] which amounts to a simple assumption that possession is a real right because it is protected by the *mandament van spolie*. The logical implication of this assumption, namely that unlawful possession is described as a right, should not be taken too seriously since none of the authors in question has ever considered it.

Van der Vyver also belongs to this group, although he has attempted to make the assumption more respectable by forcing its terminology into the straitjacket of the doctrine of subjective rights.[49] The result of his theoretical innovation is, however, explicit acceptance of the quite alarming proposition that a thief has a subjective right to possession of the stolen thing.[50] This conclusion has been rejected by critics on account of its inherent logical and theoretical unacceptability,[51] and does not merit further consideration. The same applies to the statement by Van Zyl and Van der Vyver[52] that possession is a legal fact which is unlawful for certain purposes, but lawful for others and therefore protected by the *mandament van spolie*.[53]

Presumably the same uneasiness about the theoretical implications of Van der Vyver's theory caused Silberberg-Schoeman[54] to propose, much more carefully, that the right of possession which is protected by the *mandament van spolie* is a right *sui generis* – the ultimate theoretical cop-out. They fail to describe

---

46 See Van Warmelo "Real rights" 1959 *Acta Juridica* 84; Van der Vyver 1970 *THRHR* 241–242; Maasdorp (1976) 12; Wille (1977) 195; Silberberg-Schoeman (1983) 117. Van der Merwe (1989) 92 does not explicitly call possession a right, but he does state that possession may be seen as a real right when its legal effects or implications are under discussion.

47 See Van der Walt "Die beskerming van besit en houerskap in die Suid-Afrikaanse reg" 1987 *THRHR* 139–153; 1988 *THRHR* 276–296 508–514.

48 See fn 46.

49 His theory amounts to a personal reinterpretation of the terms *detentio*, *ius possidendi* and *ius possessionis*, according to which the first term refers to the mere act of possessing, the second to the entitlement to possess based upon a right to possess, and the third to the non-owner's subjective right to possess: see esp (1988) 218. Cf fn 24 above.

50 Van der Vyver 1970 *THRHR* 242.

51 See Van der Walt (1985) 615; Sonnekus "Mandament van spolie – kragtige remedie by kragonderbreking?" 1985 *TSAR* 334; Kleyn (1986) 387; Van der Walt 1988 *THRHR* 281.

52 (1982) 511.

53 To assume that unlawful possession is lawful and therefore protected by the *mandament van spolie* is not only logically untenable, but also inconsistent with case law which states quite clearly that the protection afforded by this remedy is not limited to lawful possession and does not condone or justify illegal or unlawful possession: see *Mans v Marais* 1932 CPD 352 356. Cf Van der Walt "Three cases on the *mandament van spolie*" 1983 *SALJ* 694; Olivier, Pienaar and Van der Walt (1989) 223.

54 (1983) 116.

the unique *genus* to which this right belongs. Klopper[55] also sensed that Van der Vyver's results are unsound, and therefore distinguishes between so-called lawful and unlawful possessors, limiting the existence of a right to possession to the first group. Her thesis is, however, concerned with the *actio legis Aquiliae* and not the *mandament van spolie*, and as a result rests on much safer theoretical ground. Van der Vyver and Silberberg-Schoeman, however, accept uncritically that the protection of possession by the *mandament van spolie* must and can be explained theoretically within the system of subjective rights. This assumption is not so obvious in the case of Van der Merwe, who chooses to revert to the pre-Wille situation by stating that possession must be defined separately for each of its various functions.[56] His approach does not succeed in evading the contradictory results reached by Van der Vyver, but merely camouflages it in the guise of a theory which is in itself unsystematical and inconsistent.[57]

One further attempt to accommodate the function of the *mandament van spolie* in the doctrine of subjective rights should be mentioned. Kleyn[58] explains the summary protection afforded by the *mandament van spolie* on the basis of a competence granted to the possessor by objective rules of law,[59] much as the law grants a competence to a parent to protect his minor child from unwanted relationships or to obtain visitation rights to the child.[60] The nature of this competence is not made clear, nor is the reason for its allocation or its place amongst similar competences explained theoretically.[61] In effect Kleyn removes the discussion of the *mandament*'s function from the realm of subjective rights, and places it in a category which is concerned not with real rights but with the status of legal subjects – a solution which resembles that of Savigny and Puchta.[62] The result is that the *mandament van spolie* is ultimately explained as protection of the legal person and his status or legal subjectivity – a position which does not reflect the legal realities as far as the application of this remedy is concerned. Case law does not support the idea that the *mandament van spolie* is aimed at the protection of the person rather than of possession, but rather suggests that the remedy is applied while taking full cognisance of the subject-thing relationship that existed and was spoliated. Furthermore, to argue that legal subjectivity entails the competence to be protected in possession (just as it entails the competence to enter into contracts) would raise numerous theoretical questions, such as whether legal subjectivity also entails the competence to remain free from slander or personal harm. A similar line of reasoning could obviously upset the theoretical applecart completely, and without good reason.

---

55 "Die aard van die juridiese belang van houers by skadevergoeding" 1983 *Obiter* 85.

56 Van Rensburg and Van der Merwe "Die aard van besit en die *animus*-element daarvan" 1978 *THRHR* 113–130; Van der Merwe (1987) 51 § 54; (1989) 92–95. See the criticism of Van der Walt 1988 *THRHR* 276–296.

57 Van der Walt 1988 *THRHR* 295.

58 See "Die mandament van spolie as besitsremedie" 1986 *De Jure* 9–16; (1986) 298 331–341, but esp 388–389.

59 (1986) 388.

60 Kleyn distinguishes this competence from the entitlements that flow from subjective rights, and it must therefore be one of the competences accruing to a legal subject on the basis of his legal subjectivity; see Van Zyl and Van der Vyver (1982) 413. The parental competences mentioned by way of example are, however, not very helpful; see Van der Walt 1988 *THRHR* 291.

61 See Van der Walt 1988 *THRHR* 291.

62 See fn 19 and 20 resp.

From the above it seems clear that at least one part of the law of possession cannot be explained satisfactorily by the doctrine which is supposed to provide the theoretical foundation for the law of property as a whole. South African authors have failed to accommodate the law of possession in the doctrine of subjective rights, with the result that certain authors such as De Vos and Kleyn suggest that the law of possession is not part of the law of property but merely an adjunct to it.[63] What are the implications for the law of possession? At first blush it seems that the law of possession really finds itself out in the cold, on the fringes of property law. If it is actually impossible to accommodate the law of possession adequately in the doctrine of subjective rights, the question is whether De Vos and Kleyn should be followed, so that the law of possession is seen as an adjunct to property law rather than part of it. The logic of their argument closely resembles the way in which Savigny and Puchta[64] shunted the law of possession onto the law of personality track in order to fit it into their dogmatic scheme. Such a solution is not entirely satisfactory. According to this approach, theoretical failure to accommodate the law of possession in the doctrine of property rights means that possession is not part of property law, and not that the doctrine is inadequate. The purpose of this article is to argue that the opposite is true: possession and the application of the *mandament van spolie* is part of property law, and should be accommodated by any theory that is supposed to explain the theoretical foundations of the law of property. A theory that is unable of doing so should, as was argued by Joubert,[65] be rejected for its failure to reflect legal realities.

By way of summary the problem can be stated thus: the inheritance of the strict definition of possession from Grotius and Van der Linden on the one hand and the much looser definition prompted by the unique development of the *mandament van spolie* in South African law on the other have caused a duality in the definition of possession[66] which makes it extremely difficult, if not impossible, to classify possession as a subjective right. The thesis of this article is that it is fundamentally impossible to explain possession, and particularly its protection by the *mandament van spolie*, in terms of the doctrine of subjective rights, not because possession or the function of the *mandament van spolie* is not part of the law of property, but because the terminology prescribed by the doctrine of subjective rights is inadequate. This inadequacy forms the subject of the next section.

3 THE INADEQUACY OF THE DOCTRINE

For purposes of this article it is assumed that a legal theory such as the doctrine of subjective rights is adequate only if it is capable of explaining the particular field of law satisfactorily, with reference to the function of the subjects, objects, rights and remedies which form part of it. The problem outlined in the previous section confirms the fact that one part of the law of property, namely possession and its protection by the *mandament van spolie*, cannot be explained satisfactorily as a subjective right. In this section that failure is described as a fundamental shortcoming in the terminology of the doctrine of subjective rights.

---

63 See fn 20 above.
64 See fn 19 and 20 resp.
65 See fn 16 above.
66 See in this regard Van der Walt 1988 *THRHR* 276–296 508–514.

As its name indicates, the doctrine of subjective rights postulates the existence of a right for every remedy.[67] This is the case because the doctrine, especially in the form presented by Dooyeweerd and Dabin,[68] construes the fundamental relationship between legal subject and legal object as a right.[69] Apart from the competences derived from legal subjectivity as such, the doctrine simply does not allow for subject-object relationships which are not rights. This explains why Kleyn chose to explain the application of the *mandament van spolie* on the basis of a competence derived from positive law – once he admitted that it could not be based upon the protection of a subjective right he had no alternative.[70]

It seems fair, therefore, to state that the doctrine of subjective rights is fundamentally incapable of offering a satisfactory explanation of the function of the *mandament van spolie*, because the doctrine is based upon the assumption that remedies are applied to protect subjective rights, while the *mandament van spolie* is a remedy which restores subject-object relationships that are not necessarily subjective rights. The inadequacy of the doctrine of subjective rights is, therefore, inherent in its fundamental reliance upon the remedy-right connection, which implies that every subject-object relationship must necessarily be explained in terms of a subjective right. With regard to the *mandament van spolie* this is not an accurate or realistic reflection of legal realities, and that renders the doctrine basically inadequate as far as the theoretical explanation of this remedy is concerned.

4 A SYSTEM BASED UPON SUBJECTIVE RELATIONSHIPS

As was indicated in the introduction, this article is aimed at a critical reappraisal which involves something midway between a minor adjustment to and a full-scale rejection of the doctrine of subjective rights. The basic inadequacy of the doctrine set out above cannot be overcome by means of a minor adjustment, given the very fundamental reliance of the doctrine upon the remedy-right connection. However, much of the theoretical work done in relation to the doctrine can be reprocessed for use in a more comprehensive approach. The suggestions for such an approach which are set out in the rest of this section are based upon a reconstruction of parts of the existing doctrine.

The doctrine of subjective rights does not offer an acceptable explanation for the existence and protection of subjective relationships which are not subjective rights, and as a result it is incapable of offering a satisfactory explanation of the law of possession. The law, and particularly property law, concerns itself with and governs not only subjective rights but also a variety of other relationships between legal subjects and legal objects which cannot properly be classified as subjective rights. For this reason it is necessary to expand the doctrine to allow for the inclusion of subject-object relationships which are not subjective rights.[71] It is necessary, therefore, to construe the fundamental subject-object relationship upon which the doctrine is based so as to accommodate relationships which are

67 See Joubert 1958 *THRHR* 100 104.
68 See the summary of Van der Vyver (1988) 224–230.
69 See Van Zyl and Van der Vyver (1982) 412–439; Van der Vyver (1988) 201–246.
70 See fn 58 above.
71 See Olivier, Pienaar and Van der Walt (1989) 4–6; and cf Van der Walt 1988 *THRHR* 508–514.

not rights. In this section such a subject-object relationship is referred to as a *subjective relationship.*

A subjective relationship may be defined as a relationship between one or more legal subjects and one or more legal objects which has legal effects and implications. Such a relationship has two aspects:[72]

(a) The first aspect of a subjective relationship may be described as the subject-object aspect, and refers to the direct[73] relationship between the subject and the object. Various subjective relationships are distinguished from one another with reference to this aspect, and the nature of each subject-object relationship is determined by the nature of the legal object in question. A subjective relationship characterised by a direct subject-thing bond is, therefore, a real relationship, while a direct subject-performance bond characterises a creditor's relationship, a direct subject-personality bond a personality relationship, and a direct subject-immaterial property bond an immaterial property relationship. The same would apply to relationships between a legal subject and other categories of legal objects.

(b) The second aspect of a subjective relationship may be called the subject-subject aspect, and refers to the indirect bond between the subject and all other legal subjects, according to which other subjects are required to recognise the existence of the subject-object bond and refrain from interfering with it. While the various categories of subjective relationships are distinguished from one another with regard to the subject-object relationship mentioned above, the subject-subject relationship is exactly the same for all kinds of relationships, in the sense that it entails nothing more than that other legal subjects should respect the subject-object bond, whatever its nature, and should refrain from interfering with it.[74] According to this approach a *real relationship* (*saaklike verhouding*) is

72 See Olivier, Pienaar and Van der Walt (1989) 4–5. Cf Van Zyl and Van der Vyver (1982) 415–420; Van der Vyver (1988) 211. In the case of both of the last-mentioned sources it should be borne in mind that the aspects explained in them relate to subjective rights and not to subjective relationships in general; and also that the expression "third parties" is confusing as far as the law of property is concerned. The concept "third parties" pertains mainly to debtor-creditor relationships and the fact that third parties, who are neither debtors nor creditors, are not privy to the obligation and therefore not bound by the rights and obligations arising from it. In the case of subject-thing relationships the relationship is created and exists between a subject and a thing, and there is no second party who is so closely related to the performance as is the case with the relationship between a creditor and his debtor.

73 The doctrine of subjective rights must be applied with circumspection as far as the distinction between real rights and creditor's rights are concerned. Van der Vyver (1988) 244 has allowed himself to fall into the trap of assuming that all rights which are, in one way or another, concerned with things must be real rights. In doing so he neglects the fact that performances (as the objects of creditors' rights) can involve things indirectly, without losing their character as performances: see Van Warmelo 1959 *Acta Juridica* 84–98. According to the doctrine of subjective rights the fact that a certain relationship somehow involves a thing does not necessarily imply that the relationship is a real right, the question being what the direct object of the right is. In the case of all the so-called rights *in personam ad rem acquirendam* the ultimate goal is undoubtedly to acquire a thing, but the direct object of those rights is and remains a performance of the debtor which would put the creditor in a position to acquire a real right. Since this problem is not directly attributable to the inadequacy of the doctrine of subjective rights it is not dealt with here.

74 This observation is particularly important because of its implications for Van der Vyver's criticism of the distinction between so-called absolute (real) rights and relative or personal (creditor's) rights. See Van Zyl and Van der Vyver (1982) 19–20; Van der Walt "Relatiewe saaklike regte" 1986 *TSAR* 173–179; Van der Vyver (1988) 237. Van der Vyver bases his

a subjective relationship between a legal subject and a thing, that being the category of legal objects with which the law of property is concerned. A real relationship has the same two aspects set out above with regard to subjective relationships in general, namely a direct subject-thing bond and an indirect subject-subject bond constraining all other subjects to respect the subject-thing bond, regardless of its merit. Because real relationships are defined widely, they include not only those relationships which are seen as real rights according to the doctrine of subjective rights, but all relationships that are characterised by a direct bond between subject and thing. The direct subject-thing bond characterising real relationships may assume either of two forms depending on its existence in fact or in law:

(a) The subject-thing aspect of a real relationship assumes a merely physical or factual form when it consists of nothing more than actual or effective physical control of the thing. This physical form of the subject-thing relationship is important simply because the law of property attaches certain legal implications and effects to its existence, irrespective of merits or lawfulness. The merely physical real relationship is established by the actual taking and retention of effective physical control, and is lost whenever that effective control is lost, according to the legal principles governing the acquisition, retention and loss of such control.[75] This physical relationship is a basic element of the law of property, and should be referred to as "control", thereby indicating the factual existence of an effective physical relationship between subject and thing, regardless of its lawfulness.[76]

(b) The subject-thing aspect of a real relationship may also assume a legal form, which depends upon the recognition and ratification of that relationship by positive law, according to the principles concerned with the acquisition, retention and loss of real rights.[77] A real relationship which is recognised and ratified by law is a real right.

The distinction between mere physical real relationships and legally recognised real rights means that subjective relationships may also be classified according to the legal effects and implications which are attached to them by law.

(a) Lawful relationships are those which are recognised as such by the law because they are established according to legal requirements, and to which the

---

continued from previous page

argument against the distinction between so-called real and personal rights on the fact that both categories are protected against interference by all third parties, and that it is therefore false to call the one absolute and the other relative. Obviously the two categories do not differ in this respect, since it pertains to the subject-subject aspect of the relationship. However, the two categories do differ on the subject-object level, in the sense that a creditor's right can be enforced only against that one other legal subject who happens to be the debtor on that level, whereas real rights can be enforced against anybody else even on that level, since the real right does not entail privity of obligation between two subjects but merely a subject-object bond which excludes all other subjects. Even though it is true that the traditional distinction between real and personal rights has caused a great deal of confusion, there is some merit in it if viewed correctly. Van der Vyver's criticism is unfounded, since he focuses his criticism on the subject-subject level while the main reason for the distinction is concerned with the subject-object level.

75 See Van der Walt 1988 *THRHR* 510–511; Olivier, Pienaar and Van der Walt (1989) 199–206; Van der Merwe (1989) 97–103.

76 See Van der Walt 1988 *THRHR* 508–514.

77 As opposed to the acquisition and retention of mere physical control.

law consequently attaches the legal effects and implications usually associated with that kind of real right (such as lease, pledge, servitude, etcetera). The subjective rights catered for in the doctrine of subjective rights are all lawful relationships. An example of such a relationship is that between an owner and the object of his ownership. If a person concludes a valid contract for the purchase of a pen, pays the purchase price and takes delivery of the pen, he has satisfied all the legal requirements for the derivative acquisition of ownership of a movable, and therefore his relationship is a lawful one, namely, ownership. A lawful real relationship may or may not be accompanied by actual physical control, but when it is, the existence of the physical control is justified by the legal recognition of the relationship. The remedies available to the subject involved in such a relationship are also based upon recognition of the relationship, and are aimed at the protection of the rights and entitlements derived from it. Remedies for the protection of a real right are always based upon the lawfulness and legal recognition of that right, even when they are aimed at recovery of physical control (as in the case of the *rei vindicatio*).

(b) Unlawful relationships are those which are not established in accordance with legal requirements, and which are therefore not recognised by the law for purposes of the legal effects and implications which are normally associated with such a relationship. However, the law may still attach certain legal effects and implications to these relationships in order to satisfy legal policy objectives. The legal policy objectives at which the legal effects and implications of these relationships are aimed, are unrelated to rights, and the remedies involved are not aimed at the protection of subjective rights. Unlawful relationships cannot form a basis for the existence of subjective rights, although they may form a basis for the subsequent acquisition of subjective rights.[78] An example of such an unlawful relationship is that between a thief and the stolen object. When a thief steals something he establishes a physical real relationship between himself and the thing, but that physical relationship does not satisfy the requirements for the existence of a real right. An unlawful real relationship is, therefore, always a mere physical real relationship. However, even unlawful physical relationships may have certain legal implications and effects. The application of the *mandament van spolie* is an important example of the legal effects attached to a physical real relationship, regardless of its lawfulness, in order to attain certain legal policy objectives.[79]

From what was said above, it should be clear that all real rights can be classified as lawful real relationships which may or may not be accompanied by physical control, while a number of merely physical real relationships unaccompanied by legal recognition may have certain legal implications aimed at policy objectives, despite their unlawfulness. The exercise of a physical relationship is justified if it is lawful, which makes it a real right. The most important real rights are the following:

(a) Ownership; and

---

78 Examples are the original acquisition of ownership by an unlawful possessor such as a thief, and the acquisition of a claim for compensation based upon unjust enrichment, accompanied by an enrichment lien, by an unlawful possessor or holder.

79 In this case the prevention of unlawful self-help in the form of spoliation (see Van der Walt 1987 *THRHR* 139–153).

(b) limited real rights held by non-owners.

Unlawful real relationships take the form of mere physical relationships unaccompanied by legal recognition. The most important such relationships are:

(a) Unlawful possession with the intent of an owner; and

(b) unlawful holdership.

5 CONCLUSION

It remains to inquire whether the system of subjective relationships can do what the doctrine of subjective rights cannot – supply a satisfactory explanation of the application of the *mandament van spolie*. The brief explanation above of the various perspectives on subject-thing relationships that are afforded by this approach proves that it allows for both lawful and unlawful relationships, and consequently also for the remedies pertaining to each. Remedies such as the interdict or the *rei vindicatio*, which are clearly based upon the existence and recognition of a lawful relationship, can be said to protect a real right; while the unique *mandament van spolie* and its application to unlawful physical relationships can be explained quite satisfactorily without reference to the existence or protection of rights, in view of the legal policy objectives so clearly served by it. This approach also renders it unnecessary to relegate the *mandament van spolie* to the fringes of the law of property, since it provides an explanation to its function which fits in with the rest of the subject. In fact, this approach shows that the function of the *mandament van spolie* belongs to the very heart of property law, providing as it does the framework of stability and security within which the system of real rights can function. This essential function of the *mandament van spolie* is important enough to merit a fundamental reappraisal of the doctrine which fails to accommodate it, rather than to sidetrack the remedy in order to save the integrity of the doctrine.

LC STEYN-GEDENKBUNDEL

'n Aantal eksemplare van hierdie verdienstelike bundel is nog beskikbaar en kan bestel word teen R10,00 per eksemplaar van:

Prof DJ Joubert
Sekretaris
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

The true origin of the South African remedy for the release of a person unlawfully detained

Jérold Taitz
LLB Hons LLM Drs Jur LLD
Professor of Law, University of Durban-Westville

OPSOMMING

Die ware oorsprong van die Suid-Afrikaanse regsmiddel vir die vrylating van 'n persoon wat onregmatig aangehou word

In *Kabinet van die Tussentydse Regering van Suid-Wes Afrika v Katofa* 1987 1 SA 695 (A) moes die appèlhof die oorsprong vasstel van die Suid-Afrikaanse regsmiddel vir die vrylating van 'n persoon wat wederregtelik aangehou word. Die applikant het aangevoer dat die regsmiddel se oorsprong die Romeinsregtelike *interdictum de libero homine exhibendo* is. Daarenteen het die respondent geredeneer dat die regsmiddel sy oorsprong in die Engelse *habeas corpus* het. Nadat die appèlhof op die gesagsbronne ingegaan het, het dit by monde van hoofregter Rabie uitspraak gegee ten gunste van die Romeinsregtelike *interdictum*.

Die Engelsregtelike *habeas corpus* is ongetwyfeld nie die oorsprong van die Suid-Afrikaanse regsmiddel nie. As die Romeins-Hollandse skrywers sorgvuldig nagegaan word, is dit egter duidelik dat die *interdictum de libero homine exhibendo* ook nie die oorsprong van ons huidige regsmiddel is nie. Afgesien van ander argumente, val die oorweging op dat die *interdictum* een van die *actiones populares* is wat nooit deel van die Romeins-Hollandse reg uitgemaak het nie.

Wat is dan die ware oorsprong van die Suid-Afrikaanse regsmiddel? Die antwoord is: die Romeins-Hollandse *mandament auctorisatie de facto*, dit wil sê die Romeins-Hollandse *mandamus*.

Ten slotte stel die skrywer voor dat daar na die Suid-Afrikaanse regsmiddel verwys word as *habeas corpus* omdat hierdie uitdrukking een van die beroemdste regsmiddels van alle tye aandui. Voorts doen die skrywer aan die hand dat die regsmiddel, ongeag sy benaming, vasgelê word in die voorgestelde Suid-Afrikaanse handves van menseregte.

This article concerns the origin of the specific remedy in South African law which protects an individual against any form of unlawful detention. The appellate division has twice had cause to examine the subject, first in *Wood v Ondangwa Tribal Authority*[1] (hereinafter referred to as *Wood's* case) and again more pertinently, in *Kabinet van die Tussentydse Regering van Suid-Wes Afrika v Katofa*[2] (hereinafter referred to as *Katofa's* case). Although the decision regarding the origin of the remedy in *Wood's* case may be regarded as *obiter*, the

1 1975 2 SA 294 (A).
2 1987 1 SA 695 (A).

two decisions may be read jointly and the joint conclusion of the appellate division decisions would be:

(a) that the specific remedy in South African law, protecting a person against unlawful detention, is the ancient Roman-law remedy *interdictum de libero homine exhibendo* (hereinafter referred to as the *interdictum de libero*),[3] and;

(b) that neither the English-law writ of *habeas corpus* nor the principles attached to it are part of South African law.[4]

The correctness of the two appellate division decisions and their conclusions are questioned. It is the present writer's contention that the origin of the remedy against unlawful detention in South African law is neither the English-law writ of *habeas corpus* nor the Roman-law *interdictum de libero*, but the Roman-Dutch-law mandatory interdict, the *mandament auctorisatie de facto*. The subject will be examined in the following sequence: *Wood's* case; *Katofa's* case; the English-law writ of *habeas corpus*; the Roman-law *interdictum de libero homine exhibendo*; the Roman-Dutch-law *mandament auctorisatie de facto*; and the conclusion.

1 *WOOD'S* CASE[5]

The applicants in *Wood's* case sought a prohibitory interdict restraining the respondents from unlawfully detaining and inflicting corporal punishment on any person on the ground that he was, or was suspected of being, a member of Demkop or of Swapo.[6] The interdict did not relate to any specific persons but any member of the public who could in the future be adversely dealt with by the respondents.[7]

The major issue before the appellate division was the *locus standi* of the applicants, which included a bishop and president of the Lutheran Church and the Bishop Suffragan of the Anglican Church.[8] In arriving at its decision that the relevant applicants enjoyed *locus standi* to bring the application, the appellate division found itself having to consider the right of an individual to institute an action in the interests of the general public. The court, per Rumpff CJ, held that:

(a) the Roman-law *actiones populares* were not part of Roman-Dutch law nor are they part of South African law;[9]

(b) no private person may prosecute any of the *actiones populares* so far as the public interest is concerned, but for his own interest it is permitted to any individual to bring an action either by himself or by attorney.[10]

These findings concerned the application for a prohibitory interdict. However, the Chief Justice went further and found that although it is one of the *actiones populares*, the *interdictum de libero* is part of South African law.[11] The rationale

3 *Wood's* case (fn 1) 310 *et seq*; *Katofa's* case (fn 2) 723A *et seq.*
4 *Wood's* case (fn 1) 310 *et seq*; *Katofa's* case (fn 2) 723H 726B *et seq.*
5 See fn 1.
6 Fn 1 298G *et seq.*
7 298H.
8 299A–B.
9 305E *et seq*; see particularly 308B *et seq.*
10 310D *et seq.*
11 311H *et seq.*

for what appears to be an *obiter dictum* was based upon Voet 43 29, which deals generally with the *interdictum de libero*;[12] Voet 47 23, which suggests that an individual enjoys the right to proceed by way of the *actiones populares* in his own (private) interest;[13] and finally, Voet 43 1 2 which according to Gane's translation, reads:

> "Of course an interdict as to the production of a free person embraces neither the cause of possession or of proprietorship, since it was only brought in with the object of protecting freedom, as is set in motion as a matter of duty."[14]

A closer consideration of the relevant sections of Voet will be more appropriately considered under the section dealing with the *interdictum de libero* below.[15]

2 *KATOFA'S* CASE[16]

In this case the appellate division found itself in the situation of having to decide the specific origin of an order for the release of a person unlawfully detained. The pertinent question in relation to the remedy was whether or not an unsuccessful respondent enjoyed a right of appeal against the grant of such an order. *In casu* the successful applicant *a quo* argued that the origin of the order is the English-law writ of *habeas corpus*, which at all material times permitted an unsuccessful respondent no appeal.[17] It was argued that this restriction on appeals is applicable in South African law. On the other hand, the unsuccessful respondent *a quo*, the appellant before the court, contended that the origin of the order is not the English writ of *habeas corpus* but the Roman-Dutch-law *interdictum de libero*, the grant or refusal of which is appealable in the normal manner.[18]

In the course of considering the origin of the remedy, the appellate division, per Rabie CJ, appeared to have approved the *obiter dictum* in *Wood's* case, namely that although the *actiones populares* are not part of our law, in accordance with Voet 43 29 any member of the community (*cuivis ex populo*) could apply for the *interdictum de libero*.[19] The Chief Justice held that there was no substance in the submission by counsel that the decision by Rumpff CJ in *Wood's* case is authority for the contention that the principles of the English-law writ of *habeas corpus* has been adopted into our law.[20] However, instead of examining original sources, Rabie CJ considered a number of early supreme court decisions of both pre- and immediately post-Union vintage.[21] The basic thrust of the majority of these earlier decisions would appear to be that the English-law *habeas corpus* and the so-called Roman-Dutch-law *interdictum de libero* are similar in intent and form. Further, in the majority of these cases, the terms *habeas corpus* and *interdictum de libero* are used interchangeably. Three examples of the decisions

---

12 308F.
13 *Ibid.*
14 308G *et seq.*
15 See 4 below.
16 Fn 2 above.
17 Fn 2 701B *et seq.*
18 712A *et seq.*
19 723C.
20 723 G–H.
21 *In re Willem Kok and Nathaniel Balie* 1879 Buch 45; *Sigcau v The Queen* (1895) 12 SC 256; *In re Fourie* (1900) 17 SC 173; *In re Naudè* (1901) 18 SC 75; *In re Cakijana and Tobela* 1908 NLR 193; *Tonge v The Governor of the Johannesburg Gaol* 1903 TH 393; *Principal Immigration Officer and Minister of Interior v Narayansamy* 1916 TPD 274; *Wood's* case (fn 1).

considered by the appellate division are, first *In re Willem Kok and Nathaniel Balie* in which De Villiers CJ held:

> "It is unnecessary to consider the rights under the Roman-Dutch law (that) free persons had to a release or to the writ of *de homine libero exhibendo*, for, in my opinion, the rights of personal liberty, which persons within this Colony enjoy, are substantially the same . . . as those which are possessed in Great Britain. Where those rights are violated this Court would at least have the same power of restraining such violation as the Supreme Court of Holland had to interdict the infringement without sufficient cause of the rights to personal liberty as understood by the Roman-Dutch law."[22]

In a subsequent Cape supreme court judgment *In re Fourie*, Buchanan ACJ made the point that:

> "Although we have no Habeas Corpus Act, it has been fully established that our Courts have ample authority in times of peace to restrain the violation of the right of personal liberty which is enjoyed by every subject of Her Majesty."[23]

A third example of the judicial approach to the remedies considered by the appellate division is to be found in *Principal Immigration Officer and Minister of Interior v Narayansamy* in which Wessels J held:

> "Apart from any legislative enactment there is an inherent right in every subject, and in every stranger in the Union to sue out a writ of *habeas corpus*. This right is given not only by English law, but also by the Roman-Dutch law (*De libero homine exhibendo*: Voet 43 29)."[24]

From these and other earlier decisions, Rabie CJ concluded that while both remedies were similar, the earlier courts had always been of the opinion that they were required to apply the principles of the *interdictum de libero*. From his judgment the Chief Justice clearly favoured the view that the origin of the remedy in South Africa is the Roman-law *interdictum de libero*.[25]

The essential issue in *Katofa's* case regarding the right of an unsuccessful respondent to appeal was decided by the appellate division in favour of a right of appeal. Holding that the English-law principles of the writ of *habeas corpus* were not part of South African law,[26] the Chief Justice stated that a rule whereby one of the parties was denied the right of appeal should not become part of our law.[27]

3 THE ENGLISH-LAW WRIT OF *HABEAS CORPUS*

In English law the purpose of a writ of *habeas corpus* is to challenge the legality of any restriction of movement imposed upon an individual.[28] The writ is probably the single most famous legal remedy of all time. More than 250 years ago, Lord Selden referred to it as "the highest remedy in law of any man that is imprisoned".[29] While the legal and political history and development of the English remedy is beyond the scope of this work, it is appropriate to point out that *habeas corpus* is a prerogative writ, that is, a writ which owed its origin to

---

22 Fn 2 724B referring to 1897 Buch 45 64.
23 Fn 2 725C referring to (1900) 17 SC 173 177.
24 Fn 2 726A referring to 1916 TPD 274 276.
25 726B *et seq.*
26 *Ibid.*
27 727E *et seq.*
28 Griffith and Street *Principles of administrative law* 2 ed 240.
29 *Darnel's* case (1627) 3 St Tr 1 95.

the King with whom it was initially associated. English "common-law" jurisdiction to authorise the writ was enjoyed solely by the courts of the King's Bench, Chancery and Common Pleas.[30]

In contemporary English-law practice[31] an application for the writ must be made to a divisional court of the Queen's Bench Division or, if no court is sitting, to a single judge of any division of the high court. The application is made *ex parte* but must be supported by affidavit. If a *prima facie* case is made out, the court may issue an order calling upon the respondent to produce the detained person to a particular court at a specified time and date (the return day) which is usually in eight days' time. The grant of the order is discretionary. The person having custody of the detainee is required to inform the court of the reason for the detention.

On the return day, argument on the affidavits will be heard by the court. The court may require oral evidence and deponents to affidavits may be subjected to cross-examination. The onus of proving lawful detention rests upon the respondent.[32] Should the application be granted, the detainee is freed immediately. The traditional practice of bringing the detainee personally before the court is not necessarily followed today. However, if the order is granted, the immediate release of the detainee is ordered by the court.

Until 1960, (in other words, in terms of the English "common law") there was no appeal against a decision on *habeas corpus*.[33] The English common law prohibited the correctness of any decision on *habeas corpus* being questioned by way of an appeal or by proceedings in error. While an order for the release of a detainee was final, the refusal of an order, while not appealable, was not *res judicata* and a further application(s) could be made on the same grounds.[34] In *Katofa's* case, Rabie CJ was under the erroneous impression that the right of appeal was denied to an unsuccessful respondent *a quo* only. Accordingly, the statement by the Chief Justice that a rule whereby one of the parties was denied the right of appeal should not become part of our law, for that reason, is based on a mistaken view of the situation in English common law.[35] The prohibition of appeals from *habeas-corpus* applications was altered by the Administration of Justice Act 1960 which provides for appeals against the grant or refusal of a writ of *habeas corpus*.

In regard to whether a writ of *habeas corpus* is part of South African law, the answer is that it is not part of our law, and never was. *Habeas corpus*, as indicated above, is a prerogative writ. Other prerogative writs (now known as prerogative orders) are *certiorari*, prohibition,[36] and so on. Apart from the specific English superior courts mentioned above, no other courts enjoy an inherent right to

---

30 *Halsbury's Laws of England* (4 ed) vol II 1457 772.
31 054/1 of the Rules of the Supreme Court 1965 (England); see *The Supreme Court Practice 1979* vol I (ed Jacob) 835 *et seq.*
32 Sharpe *The law of habeas corpus* (1976) 87.
33 *Op cit* 198 *et seq.*
34 *Op cit* 195; cf the situation after the Administration of Justice Act 1960 *op cit* 200; see also *Supreme Court Practice 1979* vol I 837 (054/1/3).
35 See *Katofa's* case (fn 2) 727E *et seq.*
36 *Halsbury's Laws of England* (fn 30) "Prerogative writs and orders" 767 *et seq*; Wade *Administrative law* 5th ed 539; Henderson *Foundations of English administrative law* (1963).

grant prerogative writs or orders including writs of *habeas corpus*.[37] This special jurisdiction may be conferred only by legislation.

During the last century, the grant of prerogative writs by colonial superior courts was tested. In a decision of the supreme court of British Guiana, per Beete J, the court held that a colonial supreme court enjoyed the power to issue prerogative writs, if, *and only if*, that power had been specifically conferred by legislation. After examining the relevant law, the judge stated:

> "It appears to me . . . that there is a total want of any authority in support of the doctrine that the powers to issue . . . (a prerogative writ) is essentially inherent in every Supreme Court throughout the British Dominions . . . I am not aware, nor has it been shown, that any claim of right to issue such a writ has ever been contended for, much less exercised by any other Court, other than the Courts of the Queen's Bench in England and Ireland, the Courts of the Counties Palatine in England and the Court of Grand Sessions in Wales as mentioned in the 9th of Anne C 20 . . . It is unnecessary to refer to authorities for the purposes of shewing that the power of issuing (prerogative writs) is not given to all the Superior Courts of England but is reserved for the Court of the Queen's Bench in which the Sovereign is supposed to be always personally present."[38]

Some sixty years later, in the case of *In the Matter of an Application by J S Fernando for a Prerogative writ of mandamus*, the supreme court of Ceylon came to the same conclusion.[39]

No legislation was ever passed conferring jurisdiction upon the Cape supreme court, or indeed any other superior court in South Africa, to grant any prerogative writ. It is also interesting to note that, unlike the Charter of Justice conferred upon the Cape of Good Hope, the Charter of Justice conferred upon Ceylon in 1801 provided for the grant by the supreme court of Ceylon of "mandates in the nature of" certain of the prerogative writs.[40]

Why then have the South African colonial and post-Union courts made reference to *habeas corpus* so constantly? While it would be arrogant to suggest that the earlier judges and counsel in those cases failed to research the law properly, this may have been the position. During the late nineteenth century (and, indeed, the early period of the twentieth century) the influence of English law was very strong. It is therefore not surprising that the courts turned easily to English law for guidance and direction rather than research the dilatory, cumbersome and out-moded Roman-Dutch-law practice.

4 THE ROMAN-LAW *INTERDICTUM DE LIBERO HOMINE EXHIBENDO*

As indicated above, the *interdictum de libero* was a Roman-law remedy and one of the *actiones populares*. The interdict was available against any person who kept and detained a free man without just cause or reason. The remedy was available even in cases where the detainee was himself unaware of his (actual) status in (Roman) law.[41]

It is suggested by the present author that the *interdictum de libero* was not part of Roman-Dutch law and accordingly is not (directly) the origin of the

---

37 See fn 30.
38 *R v The Mayor and Town Council (of Georgetown)* 2 LRBG (1859–1865) 173 185.
39 (1915) 17 New LR 314.
40 Art 82 of the Charter of Justice 1801 (Ceylon); cf s 45 of the Courts Ordinance No 1 of 1889.
41 *D* 43 29 4.

South African remedy for the release of an individual unlawfully detained nor is the Roman-law *interdictum de libero* part of our law. This submission is founded on the following facts:

(a) The *actiones populares* were not part of Roman-Dutch law. Had the *interdictum de libero* been an exception, then surely an author of the calibre of Groenewegen would hardly have omitted to mention this.[42]

(b) The *interdictum de libero* is not mentioned in the works by any of the authoritative Roman-Dutch procedural experts such as Merula, Wassenaer, Van der Linden, and so on. Had the *interdictum de libero* been an acknowledged remedy in Roman-Dutch law, it would surely have been mentioned.

(c) From the pre- and post-Union cases on *habeas corpus* and the *interdictum de libero* (including the *Wood* and *Katofa* cases), it is clear that the courts relied upon Voet 43 29 as authority that the *interdictum de libero* was an accepted Roman-Dutch remedy. This reasoning is disputed, as an examination of Voet's *Commentaries* shows that the writer clearly indicates when he is dealing with the then contemporary Roman-Dutch law. In the section on the *interdictum de libero*, Voet clearly appears to be dealing with Roman law and not with contemporary Roman-Dutch law.[43] Further, Book 43 is concerned with no fewer than 31 Roman-law interdicts. These interdicts were unknown as separate and distinct interdicts in Roman-Dutch law.[44]

In Roman-Dutch law only three types of interdicts were known. These were the prohibitory interdicts (*mandamenten poenaal*) which restrained an unlawful act *in futurum*,[45] mandatory interdicts (*mandamentem auctorisatie de facto*), that is, an interdict which compelled the respondent to take certain positive steps to remove the cause of complaint[46] and, finally, analagous to mandatory interdicts, there were the possessory interdicts (including *mandamenten van spolie*) which required the respondent to restore property which had been spoliated from the applicant.[47] Specific requisites had to be established by the applicant before any of these interdicts would be authorised by the Roman-Dutch courts.

(d) The statements by Voet to the effect that interdicts (previously part of the *actiones populares* of Roman law) could be obtained by a private individual in

---

42 Groenewegen *De legibus abrogatis* ad *D* 43 23; see also *Bagnall v Colonial Government* (1907) 24 SC 470 475 *et seq*; *Dalrymple v Colonial Treasurer* 1910 TS 372 380 390; *Director of Education, Transvaal v McCagie* 1918 AD 616 621.

43 Cf Voet 43 29 with Voet 43 16; the latter title dealt with possessory remedies (the Roman-Dutch law is clearly distinguished from the Roman law); cf also Voet 43 29 (Gane's translation) with Voet 43 29 (Krause's translation); the latter clearly deals with Roman law only.

44 Eg, title 6 the *interdictum ne quid in loco sacro fiat* was the Roman-law interdict prohibiting the doing of anything in a sacred place which may damage or disfigure it (*D* 43 6 1); title 13 concerns the *interdictum ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit* (*D* 43 13 9–11). Title 23 concerns a specific interdict prohibiting the obstruction of or interference with public sewers (*cloacae*) including tubes (*tubi*) and piping (*fistulae*) leading from the sewer (*D* 43 23). The above three interdicts are examples of the thirty-one Roman-law interdicts which include the *interdictum de libero*. There were no specific interdicts in Roman-Dutch law. There were only three general interdicts in Roman-Dutch law; the prohibitory, the mandatory and the possessory interdicts (including the *mandament van spolie*); see the text relating to notes 45, 46 and 47.

45 Van der Linden *Judicieele practijcq* 2 19 1–9.

46 *Op cit* 2 19 3.

47 *Op cit* 2 20–2 22.

his own interest, means no more than that an aggrieved party had the right in Roman-Dutch law to apply for and obtain one of the three forms of interdict (above), if he was able to establish the essential requirements. It was no longer possible for him to seek one of the specific interdicts, known to Roman law *a fortiori*, a remedy which was part of the *actiones populares*. He was obliged to seek a recognised Roman-Dutch remedy in his own interest. In both a prohibitory interdict and a mandatory interdict it was essential for him to establish his own interest in regard to the remedy sought. Thus, in an application for a prohibitory interdict he had to show *een liquide recht* (a clear right).[48] In regard to a mandatory interdict he had to establish an even stronger personal interest *jus liquidissimum* (an absolute right, beyond any doubt).[49] These essential requirements, at least to the extent of a clear right on the part of an applicant, in other words a private interest, remain part of our law today.[50]

(e) In his *Common law of South Africa*, Nathan is of the view that the *interdictum de libero* was available in Roman-Dutch law.[51] As with the appellate division and earlier supreme courts, the writer's authority for this view is Voet 43 29, considered above. However, two further aspects of the subject contained in Nathan's *Common law of South Africa* are relevant.

First, Nathan states that the Roman-Dutch law relating to the *interdictum de libero* is "still fully applicable" in South African law. He further states that the English writ of *habeas corpus* corresponds to the *interdictum de libero* and adds that the principles of the English-law *habeas corpus* were also fully applicable in the British South African colonies, in addition to the laws relating to the Roman-Dutch-law *interdictum de libero*.[52]

Secondly, he makes the point that, apart from the *interdictum de libero*, there was a second remedy available in Roman-Dutch law, which is used to secure the release of a person unlawfully detained. This second or additional remedy, he states, was the *mandament auctorisatie de facto*.[53]

Comment regarding the writer's first submission has been made above. In regard to the *mandament auctorisatie de facto*, while he is correct in stating that this remedy was available in Roman-Dutch law to secure the release of a person unlawfully detained, Nathan is incorrect in regarding this remedy as a second or additional remedy to the *interdictum de libero*. It was in fact the only such remedy available in Roman-Dutch law.

5 THE ROMAN-DUTCH-LAW *MANDAMENT AUCTORISATIE DE FACTO*

The Roman-Dutch-law equivalent of *habeas corpus* would appear to have been the *mandament auctorisatie de facto*. Van der Linden regards this remedy as *sui generis*. There is certainly no suggestion on his part that the Roman-Dutch-law remedy owed its origin to the Roman-law *interdictum de libero*.[54]

---

48 *Op cit* 2 19 1; Van der Linden *Inst* 3 1 4 7.

49 *Op cit* 2 19 3.

50 See *inter alia Von Moltke v Costa Areosa* 1975 1 SA 255 (C) 258D; *Setlogelo v Setlogelo* 1914 AD 221; *Free State Gold Areas Ltd v Merriespruit (Orange Free State) Gold Mining Co Ltd* 1961 2 SA 505 (W); *Welkom Bottling Co (Pty) Ltd v Belfast Mineral Waters (OFS) (Pty) Ltd* 1967 3 SA 45 (O); *Erasmus v Afrikaner Proprietary Mines Ltd* 1976 1 SA 950 (W) 956; Nathan *The law and practice relating to interdicts* (1939) 6.

51 *The common law of South Africa* (A treatise based on Voet's Commentaries on the Pandects) vol IV (1907) 2343.

52 2343–2344.

53 2330.

54 Van der Linden *Judicieele practijcq* 2 19 3.

The *mandament auctorisatie de facto* was a general remedy in the form of a mandatory interdict or *mandamus*.[55] It was available in cases where the aggrieved party could not be protected by an order *in futurum* restraining any particular unlawful action or repetition. According to Van der Linden the remedy was available *inter alia* for the release of a person unlawfully detained.

As a general remedy, the *mandament auctorisatie de facto* was also available for the ejectment of a person unlawfully upon premises. It was a summary remedy which could be obtained from the high court without any form of process. The applicant, however, had to establish:[56]

(a) an absolute right beyond any question of doubt (*jus liquidissimum*);

(b) that the matter was of the greatest urgency. Van der Linden refers to "een summe urgent *necessitas, ac periculum in more*";

(c) that there was no other (ordinary) relief available to the applicant; and

(d) that he would suffer irreparable harm should the relief not be granted.

Of interest is the fact that *auctorisatie de facto* was not unknown in South African law. In *Ex parte Bosman and the Church Council of the Dutch Reformed Church of Rustenburg*,[57] Kotze CJ granted "an *auctorisatie de facto*" ordering a Reverend Smit "to vacate the parsonage at Rustenburg of which he is now in possession and to give possession of it to the (applicant) Church Council . . ." The granting of the remedy under the circumstances of the case accords with Van der Linden's comments on the remedy.

Further support for the present writer's conclusion that the *mandament auctorisatie de facto* was the eighteenth-century Roman-Dutch-law equivalent of the then English-law *habeas corpus* (and that the *interdictum de libero* was not part of Roman-Dutch law) is to be found in the evidence recorded in 1828 by the Commission of Inquiry into the administration of justice in the former Dutch colonies in South America, which became British Guiana. The commission (referred to as the Henry Commission of Inquiry) *inter alia* questioned judges of the *Raden van Justitie* of the former Dutch colonies as to the Roman-Dutch law. The sixtieth question to the judges of the *Raden* was the following:

> "Is there any process or mode of proceeding in this colony similar to the writ of *habeas corpus* either by statute or common law; or what remedy has the subject against illegal imprisonment . . .?"

The answer was given by the President of the *Raad van Justitie* of the former Colonies of Demarara-Essequibo, who replied that the Roman-Dutch law "writ of authorization *(sic) de facto* . . . is similar to the *Habeas Corpus*". No mention was made of the *interdictum de libero*.[58]

6 CONCLUSION

In the final analysis the reasoning by the appellate division for its decisions in the *Wood* and *Katofa* cases is at best not convincing. However, the question must be asked whether any good purpose has been served by this article, or will it be regarded by the courts as no more than an academic exercise?

---

55 *Ibid*; Van der Linden *Inst* 3 1 4 8.

56 See 53.

57 (1886) 2 SAR 112.

58 See the Report of the Common Law Commission (Chairman: The Hon JJ Nunan, Attorney-General) Georgetown, Demarara (1914) 14–15.

What is essential in our law is a clear and certain remedy as a buttress against unlawful detention, especially in this day and age of change in the socio-economic and political scene in South Africa. Much comment has been made recently regarding human rights, the protection of minority rights, a bill of rights, and so forth. Legislation regarding the subject of a remedy protecting an individual against unlawful detention is not unknown in England and elsewhere. A clear and certain remedy of this nature would not be out of place in a bill of rights. Perhaps the time is ripe for an authoritative body, such as the South African Law Commission (within whose present terms of reference the subject of human rights is appropriate),[59] to consider legislation on the subject of a significant remedy with clear and certain attendant principles.[60]

---

59 SA Law Commission (Project 58) *Group and human rights* (April 1986).

60 Perhaps it would not be inappropriate for the remedy contained in a future bill of rights to be referred to as an order of *habeas corpus* for no reason other than that the term *habeas corpus* refers to one of the most famous remedies of all times.

In judging the equilibrium of force between counter-attack in self-defence and assault, the Court should apply an objective test ex post facto *but avoid an armchair perspective. In a case where a policeman was attacked during the performance of his duty, the criterion of a reasonable policeman compelled to act in the same circumstances should be applied.*

Our law does not ever oblige a policeman who attempts or intends to effect a lawful arrest to flee from an unlawful assault, for flight in such circumstances would amount to dereliction of duty.

The victim of an unlawful assault is entitled to defend himself with whatever weapon he happens to have at hand if he has no reasonable alternative. Thus, if an offender attacks a policeman who has a dangerous weapon such as a shotgun in his hands, he has only himself to blame if the gun is used in self-defence (*per* Van Deventer AJ in *Ntsomi v Minister of Law and Order* 1990 1 SA 512 (C) 530).

Die regsvoorwerp by mediabeheer ingevolge artikel 47(2)(a) van die Wet op Publikasies 42 van 1974

HB Klopper
BA LLD
Senior Lektor in die Handels- en Arbeidsreg, Universiteit van Pretoria

SUMMARY

The legal object of media control in terms of section 47(2)(a) of the Publications Act 42 of 1974

When considering the justifiability of legal rules and the formulation of norms for their application, reference to reality is essential. An analysis of decisions of the Supreme Court and the Publications Appeal Board and of prevailing opinions reveals that there is no lucid comprehension of the object of media control in respect of immoral materials. One point of agreement is discernible, however, namely that at least one of the legally protected objects is the morals of society. Despite this agreement, there is no or only limited understanding or appreciation of the importance, function or operation of morality within society. An analysis of morality shows that it is a relatively stable system of rules which facilitates a *modus vivendi* within society and that both an autonomous (individual) and absolute (societal) morality exist, the latter being independent of the former but relying for its perpetuation thereof on the individual.

A juridical analysis of such interests as freedom of speech; the individual's interest in respect for the privacy of the human body and the sex act, the protection of children, dignity and property; arts, literature, the financial interests of distributors, adults and sophisticated adults reveals that they cannot be *legal* interests in that such interests lack a clear subject-object relationship, and in the case of adults and sophisticated persons are based on the questionable premise that such persons are entirely immune to immoral materials. In the case of art one finds the misconception that art is not subject to morality and that artistic merit supersedes morality.

The *mores* on the other hand, constitute a legally protected interest in their own right, taking precedence over other individual interests such as the copyright of an author producing a work which is *contra bonos mores*, or of a contract which has the same deficiency. One must therefore conclude that the protection of an autonomous and absolute morality by preventing the introduction of immoral media materials into society is the object of the Publications Act, 1974.

1 INLEIDING

By die beoordeling van die regverdigbaarheid en wetenskaplikheid van regsreëls, moet daar rekening met die voor-juridiese terrein, die werklikheid, gehou word. Regswetenskap wat nie die werklikheid in ag neem nie, is geen wetenskap nie

maar bloot raaiwerk wat tot onbillikheid en onversoenbare gevolge lei.[1] Die bestudering in die voor-juridiese terrein van 'n verskynsel wat aan regsregulering onderworpe is, bring ook meer duidelikheid oor die regsvoorwerp wat beskerm word. Sonder 'n duidelike begrip van hierdie voorwerp en sy werking in die werklikheid is 'n objektiewe afweging van ander regsvoorwerpe teenoor hierdie voorwerp nie moontlik nie. Insig in die betrokke regsvoorwerpe voorkom die onjuridiese en onbillike gevolg dat een regsvoorwerp deur die reg as belangriker as 'n ander geag word, terwyl die werklikheid die teenoorgestelde eis. Verder maak dit die daarstelling van gepaste en doeltreffende norme ter beskerming van die voorwerp makliker en bied ook die geleentheid om die graad, standaard en omvang van regsbeskerming wat verleen behoort te word, na waarde te beoordeel.

Hierdie beginsel geld ook vir die beheer van media ingevolge die Wet op Publikasies 42 van 1974. 'n Studie van menings en beslissings oor die presiese aard, inhoud en omvang van die beskermingsvoorwerp(e) by mediabeheer[2] toon egter dat daar geen duidelike begrip is van wat by mediabeheer[3] ingevolge veral artikel 47(2)(a) op die spel is nie. In hierdie bydrae word gepoog om duidelike gestalte te gee aan die regsvoorwerp wat artikel 47(2)(a) poog om te beskerm.

2 DIE REGSVOORWERP(E) INGEVOLGE ARTIKEL 47(2)(a)

In sy geheel noem artikel 47(2) vyf afsonderlike regsvoorwerpe wat deur die Wet op Publikasies beskerm word, naamlik die sedes, die godsdiensgevoel, volkswaardigheid, volkereverhoudings en staatsveiligheid en die openbare orde.[4]

Wat sub-artikel (a) in die besonder betref, lui artikel 47(2) soos volg:

> "By die toepassing van hierdie Wet word 'n publikasie of voorwerp, rolprent, openbare vermaaklikheid of voorgenome openbare vermaaklikheid geag ongewens te wees indien dit of 'n deel daarvan:
>
> (a) Onbetaamlik of onwelvoeglik of vir die openbare sedes aanstootlik of skadelik is . . ."

'n Ontleding van hierdie artikel dui twee moontlike beskermingsvoorwerpe aan. Die een word duidelik genoem, naamlik die *openbare sedes*. Die ander kan afgelei word uit die woorde *onbetaamlik* en *onwelvoeglik* indien gevra word vir wie sodanige stof onbetaamlik of onsedelik kan wees.[5] Indien geantwoord word die aanskouer daarvan, volg dit dat die *aanskouer* ook 'n beskermingsvoorwerp is.

---

1 Van Heerden en Neethling *Onregmatige mededinging* (1983) 35; Van Rensburg *Juridiese kousaliteit en aspekte van aanspreeklikheidsbegrensing by die onregmatige daad* (LLD-proefskrif Unisa 1970) 134; Klopper *Die beskerming van kredietwaardigheid in die Suid-Afrikaanse reg* (LLD-proefskrif UOVS 1986) 24 ev.

2 Sien veral die Wet op Publikasies en Vermaaklikheid 26 van 1963, die Wet op Publikasies 42 van 1974 en die beslissings nav eg.

3 Met "mediabeheer" word bedoel al die handelinge wat ingevolge die Wet op Publikasies 42 van 1974 beheer word; sien vn 4 *infra*.

4 Artikel 47(2)(a)–(e); Klopper *Mediareg* (1987) 71; Van Rooyen *Censorship in South Africa* (1987) 52 87 99 ev.

5 Sien die uitspraak van Diemont R in *Buren Uitgewers v Raad oor Publikasies* 1975 1 SA 379 (K) 403F.

Die begrippe *onbetaamlik*, *onwelvoeglik* en *openbare sedes* word nie deur die wetgewer omskryf nie; daar is dus geen duidelikheid oor die presiese wetteregtelike aard en omvang van die beskermingsvoorwerp(e) van artikel 47(2)(a) nie.[6] Gevolglik was dit skynbaar die wetgewer se bedoeling dat die gemeenregtelike en positiefregtelike opvattings oor hierdie begrippe sou geld.[7] Dit is dus noodsaaklik vir regsvoorwerpomskrywing om die positiefregtelike posisie ten tyde van die inwerkingtreding van die Wet op Publikasies na te vors, veral as in ag geneem word dat die voorganger van die huidige artikel 47(2)(a) nie daarvan verskil nie.[8]

3 DIE HOWE SE SIENING VAN DIE BESKERMINGSVOORWERP INGEVOLGE DIE WET OP PUBLIKASIES EN VERMAAKLIKHEDE 26 VAN 1963[9]

In die uitsprake oor sede-skendende stof voor 1974 is daar weinig aandag gegee aan wat presies die beskermingsvoorwerp(e) van die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede is. Tog word in die meerderheid uitsprake die *openbare sedes* direk of indirek as die beskermingsvoorwerp van die wet aangedui, maar sonder om duidelike inhoud aan hierdie voorwerp te gee.[10]

In *Mame Enterprises (Pty) Ltd v Publications Control Board*[11] merk die hof die eer en waardigheid van 'n vrou benewens "morality" as beskermingsvoorwerp van die wet aan[12] en in *Lindberg v Publications Control Board*[13] is die hof weer van mening dat dit die taak van die reg is om 'n sekere gedeelte van die bevolking te beskerm teen stof wat kan "deprave, corrupt or give offence".

---

6 Die letterlike betekenis van *onbetaamlik* en *onwelvoeglik* dui egter daarop dat dit die sedes in die algemeen is wat beskerm word. Sien ook a 1 van die Wet op Publikasies wat 'n invloed op die betekenis van dié begrippe kan hê. Sien oor die verskillende vertolking(s) van a 1 Van Rensburg *Pornografie* (1982) 104 ev; Van Rensburg 1986 *TSAR* 153 ev; Van Rooyen *Censorship* 8; Van Rooyen "Die rol van die Wet op Publikasies in die handhawing van morele standaarde" 1989 *SA Publiekreg* 134; Potgieter en Visser 1988 *THRHR* 361 ev; Klopper *Mediareg* 67 ev. Oor die vertolking van a 47(2)(a), sien Van Rooyen *Censorship* 52.

7 Die gewone betekenis van hierdie begrippe kan deur vorige regspraak medebepaal word (Steyn *Uitleg van wette* (1982) 153 ev; Wiechers *Administratiefreg* (1984) 16; "Die legaliteitsbeginsel in die administratiefreg" 1967 *THRHR* 327). Nie een van die artikels van die Wet op Publikasies gee blyke dat van hierdie beginsel afgewyk mag word nie. (Ook Van Rooyen *Censorship* 9.)

8 A 5(2) van die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede 26 van 1963 lui: "'n Publikasie of voorwerp word geag ongewens te wees indien dit of deel daarvan (a) Onbetaamlik of onwelvoeglik is of vir die openbare sedes aanstootlik of skadelik is." Sien Sharp *Commentaries on obscenity* (1970) 188 ev oor die doel van mediabeheer.

9 Dit is nodig om die howe se uitsprake oor hierdie wet te ondersoek enersyds omdat die omskrywings van a 5(2)(a) met a 47(2)(a) van die 1974-wet ooreenstem, en andersyds omdat ruimte vir geregtelike vertolking deur die howe deur a 13 van die 1974-wet uitgesluit word.

10 Sien oa *Publications Control Board v William Heinemann Ltd* 1965 4 SA 156 (A) 156C–E; *Buren Uitgewers v Raad van Beheer oor Publikasies* 1975 1 SA 379 (K) 384H–385 waar die hof aandui dat dit die bedoeling van die wetgewer is om die sedes op 'n breër grondslag te beskerm; *Publications Control Board v Republican Publications* 1972 1 SA 288 (A) 298H.

11 1974 4 SA 217 (W); 1976 1 SA 429 (A).

12 222F 226C.

13 1968 4 SA 311 (W) 313E–F.

Die appèlhof ken die "morality of the people" en die sedes in die algemeen as voorwerp uit.[14] Met "morality" bedoel die hof (by monde van appèlregter Rumpff, wat 'n minderheidsuitspraak gegee het) die bestaande sedes. Die vraag na die inhoud van "bestaande sedes" is 'n saak van smaak, naamlik die heersende smaak van die gemeenskap.[15]

Die slotsom is dat die verste wat die regspraak 'n mens bring, is dat die sedes en "individuele belange"[16] soos die "privaatheid van die vroulike liggaam" as beskermingsvoorwerpe van die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede uitgeken word. Die appèlhof se sonderlinge siening[17] waarvolgens sedes aan die heersende smaak van die bevolking gelykgestel word, is die enigste bewuste poging van die howe om aan die sedebeskermingsvoorwerp ingevolge hierdie wet inhoud te gee.[18]

4 DIE BESKERMINGSVOORWERP VOLGENS SKRYWERS EN DIE APPÈLRAAD OOR PUBLIKASIES

Burns In haar werk[19] aanvaar Burns dat die sedes 'n regtens beskermingswaardige voorwerp is en toon ook die belangrikheid van die doeltreffende beskerming daarvan aan:

> "[I]t must be accepted that where moral degeneration of a nation takes place, the whole structure of society disintegrates, and that the downfall of a nation may follow."[20]

Volgens haar is die beskerming van die sedes net ten opsigte van erge sedeskendende handelinge soos pornografie geregverdig. Sy erken ook die bestaan van individuele (outonome) en absolute of gemeenskapsedes[21] alhoewel sy geen omskrywing daarvan aanbied nie. Sy bespreek die taak van die reg by die beskerming van moraal, maar laat na om die werking van dié verskynsel in die werklikheid wetenskaplik te verklaar. Gevolglik is daar geen doelbewuste en duidelike gestaltegewing van die beskermingsvoorwerp van artikel 47(2)(a) in haar werk te vinde nie.

Geldenhuys Alhoewel Geldenhuys[22] nie 'n voorstander van sensuur ten opsigte van pornografie is nie, dui hy tog aan dat mediabeheer geregverdig sal wees as die beheer 'n belang of reg in die gemeenskap beskerm. Hy meen dat die sedelike gevoel die beskermingsobjek is.

---

14 Sien die *Heinemann*-saak (*supra*) 151H waar Steyn AR opmerk: "It has to be weighed against others, and cannot outweigh the *moral values* which the Act seeks to protect;" en 156C–E waar Rumpff AR in sy minderheidsuitspraak die volgende as 'n opsomming van a 5(2)(a) en a 6 van die Wet op Publikasies en Vermaaklikhede 26 van 1963 gee: "In the result anything which does not sin against the *morality of the people* cannot be brought under this Act" (ek kursiveer).

15 157A–B.

16 Sien oor "individuele belange" par 5 3 en par 5 4 hieronder.

17 Sien Rumpff AR se uitspraak in die *Heinemann*-saak (*supra*).

18 Die siening van die appèlhof moet egter krities beoordeel word in die lig van wetenskaplike benaderings wat Rumpff AR in die *Heinemann*-saak (*supra*) nie in ag geneem het nie. Sien verder par 5 2 hieronder.

19 *An analysis of the Publications Act 42 of 1974* (LLM- verhandeling Unisa 1979) 152 ev.

20 *Idem* 145; sien ook Clor *Censorship and freedom of expression; essays on obscenity and the law* (1970) 109.

21 *Op cit* 166. Haar begrip van "private morality" strook egter glad nie met outonome of individuele sedes nie (sien par 5 2 hieronder).

22 *Pornografie, sensuur en reg* (1977) 11.

Potgieter Volgens Potgieter[23] gaan dit by mediabeheer ingevolge die Wet op Publikasies om "die behoud van die goeie sedes en gewoontes van die Suid-Afrikaanse gemeenskap".[24]

Van Rooyen Van Rooyen[25] weeg vryheid van spraak op[26] teen die nadelige gevolge wat mediabeheer inhou. Hy laat hom egter nie presies uit oor wat die ander beskermingsvoorwerp is wat teen vryheid van spraak opgeweeg moet word nie. Volgens hom is die beskermingsvoorwerp van artikel 47(2)(a) daardie "persoonlikheidsregtelike" belange wat onderliggend aan die sedes is. Hy sien dus meerdere beskermingsvoorwerpe wat in afweging teenoor mekaar te staan kom:

> "A balancing of interests has become the hallmark of control in the Republic: general or sectional interests are continually weighed against minority interests such as dramatic, artistic and literary interests as well as the interests of the likely viewers and readers."[27]

Volgens hom gaan dit nie oor 'n "question of morality" nie, maar eerder oor die vraag in hoever die sedes in die belang van kuns, drama en die letterkunde verontagsaam mag word.[28]

---

23 *Aspekte van die juridiese beskerming van die godsdiensgevoel* (LLD-proefskrif Unisa 1987) 183.

24 *Idem* 175. (Dit was vir doeleindes van sy ondersoek nie nodig om die sedebelang verder te omskryf nie.) Sien ook die *Verslag van die Kommissie van Ondersoek insake die Wysigingswetsontwerp op Publikasies en Vermaaklikhede* (VW 61–73) (1973) hfst III par 31 6.

25 *Censorship* 11 52 ev.

26 In navolging van die *Heinemann*-saak *supra* 160E–H. Of vryheid van spraak in elk geval voorkeur bo sedes geniet, sien vn 30 *infra*.

27 Sien vn 25 hierbo. Kuns- en letterkundige belange berus op die uitgangspunt dat solank as wat stof "kuns" is of "letterkundige waarde" het, dit afgesien van die inhoud, van enige beperking bevry moet word. Dit misken die waarheid dat alle kunstenaars, letterkundiges en diesulkes deel is van 'n gemeenskap en net so aan die sedereëls van daardie gemeenskap onderworpe is as enigiemand anders. Ook die moontlike skadelike uitwerking van sedeskendende "kuns" word verontagsaam. Voorts word verkeerdelik te kenne gegee dat die beoefening van kuns ens afhanklik is van 'n onbeperkte reg om die werklikheid in alle besonderhede te toon. Dié vertolking van die Wet op Publikasies bring mee dat 'n wesenlike aantal persone beweeg word om die sedereël te verbreek. (Sien oor hierdie vertolking Van Rooyen *Censorship* 55; die *Heinemann*-saak (*supra*).) Sien oor skadelikheid par 5 en vn 75 hieronder waar aangetoon word dat sedes veel swaarder moet weeg as die moontlike kuns- of letterkundige waarde van stof. Die feit dat 'n werk 'n sedelike les of boodskap inhou of van groot kuns- of letterkundige waarde is, behoort nie 'n vrypas te wees vir onsedelikheid dwarsdeur die betrokke werk nie. Appèlraadbeslissings heg al hoe meer waarde aan die "boodskap" van 'n werk as faktor wat in die guns van 'n werk tel (sien Van Rooyen 1988 *SA Publiekreg* 136 en oa *The Stud* 71/78; *Young Doctors in Love* 107/82; *Class of 84* 168/82; *Carrie* 28/80; *Wife Mistress* 77/82; *Bad Boys* 97/83; *Clockwork Orange* 130/83; *A Stranger in the Mirror* 160/83; *Star '80* 213/83; *Streamers* 152/84; *Christiane F* 118/85; *A Private Party* 15/86; *The World is Full of Married Men* 117/86; *What Comes Naturally* 179/86; en daarteenoor Clor *Obscenity and public morality* (1969) 258 ev; Cooper in Wallace en Walker *The definition of morality* (1970) 95; Van Rensburg *Pornografie* 77 ev; *Pornography: the Longford report* (1972) 153 ev en vn 30 hieronder. Die "boodskap" kan egter geen rol speel nie aangesien die beweegrede van die voortbrenger van die stof nie by die oorweging daarvan ter sake is nie: sien a 47(4) van die Wet op Publikasies; 1966 *SALJ* 278; Klopper *Mediareg* 70. Oor die belangrike rol wat kuns- en letterkundige waarde teenoor die sedes speel, sien vn 40 hieronder.

28 *Ibid* 13 52 53. Wat presies die beskermingsvoorwerp volgens hom is, is ietwat moeilik om te bepaal. Hierdie onduidelikheid blyk ook uit sy onlangse artikel in 1988 *SA Publiekreg* 131 waar by implikasie die sedes die uitgangspunt is, maar dit in wese eerder om die afweging van ander belange soos die waardigheid of privaatheid van die individu en die kunste skyn te gaan. Hoe dit met die beskerming van sedes verband hou, word nie duidelik uitgewys nie. Van Rooyen (135 141) erken nietemin dat die Christelike sedes as *infrastruktuur* by a 47(2)(a) dien en dat die sedes deur die Wet op Publikasies beskerm word. Voorts (139) voeg

JV van der Westhuizen Van der Westhuizen[29] benader die probleem vanuit die hoek van menseregte. Hy beskou die mensereg in "vryheid van spraak" as die belang wat teenoor die sake wat die Wet op Publikasies beheer, gestel behoort te word. Hy oorweeg egter nie die belangrikheid van die ander belange wat by mediabeheer ten opsigte van sedeskending ter sprake is nie.[30]

---

vervolg van vorige bladsy

hy die "fundamentele liefdes- en respeknorm" by wat moontlik deur die kunste aangetas kan word en teen welke aantasting die Wet op Publikasies beheer uitoefen. Wat presies die verband tussen sedes, kuns, liefde en respek is en welke rol elkeen by mediabeheer speel, is onduidelik. Moontlik is sy standpunt dat die onwikkelende (Suid-Afrikaanse?) gemeenskap synde "meer beskaafd" en "moreel-eties verantwoordelik" op homself aangewese behoort te wees vir sedehandhawing. Hierdie opmerking oor die karaktertrekke van die (Suid-Afrikaanse?) gemeenskap is klaarblyklik 'n eie waarneming omdat hy nie wetenskaplike bewyse of gesag daarvoor aanbied nie. Die feit is egter dat die Wet op Publikasies, soos later sal blyk, juis die instrument is wat indirek (*via* die parlement) deur die Suid-Afrikaanse gemeenskap daargestel is om sedeskending te voorkom. Die logiese eindpunt van Van Rooyen se standpunt is dat die gemeenskap 'n stadium sal bereik waar geen mediabeheer nodig is nie en die Wet op Publikasies dus oorbodig sal wees. Hierdie standpunt kan egter nie onderskryf word nie aangesien dit te idealisties en onwetenskaplik is en boonop die werklikheid ontken. (Sien par 5 en veral vn 74 hieronder.)

29 1982 *De Jure* 357.

30 Hy steun oënskynlik 'n bewyslas ten gunste van spraakvryheid. Trouens, die "absolutely necessary"-beginsel wat die appèlraad aanwend (Van Rooyen *Censorship* 7 ev) in navolging van die minderheidsbeslissing van Rumpff AR in die *Heinemann*-saak (*supra*) kom in die praktyk op so 'n bewyslas neer omdat dit begin met die veronderstelling dat geen materiaal ongewens is nie; dws 'n bewyslas tgv gewenstheid (sien *Heartland*-aanhangsel 43/82 35). 'n Administratiewe liggaam soos die appèlraad kan egter nie 'n bewyslas gebruik nie (Wiechers *Administratiefreg* 125; *Johannesburg Local Transportation Board v David Morton Transport (Pty) Ltd* 1976 1 SA 887 (A) 903; Van Rooyen 1977 *De Jure* 347; *Zarkalis v Chief Immigration Officer* 1976 2 SA 431 (RA); *S v Mangena* 1978 4 SA 565 (T); *Incorporated Law Society of Transvaal v Meyer* 1981 3 SA 962 (T); Schmidt *Bewysreg* (1982) 615). Of vryheid van spraak 'n geldige belang is wat teenoor sedes afgeweeg kan word, sien Eysenck "Psychology and obscenity" in *Censorship and obscenity* (reds Dhavan en Davies 1978) 179 waar hy vanuit die oogpunt van die sielkunde die volgende sê:"Those who are opposed to censorship often invoke freedom of expression, and the need to protect artistic integrity. These are not very strong arguments. Freedom is inevitably curtailed in all societies; we do not tolerate a person's freedom to incite racial violence for instance, and there are many other fields in which, for the sake of a higher good, we give up some of our liberties. If a good cause be made out that the public showing of nudity and sexual intercourse on the stage and screen was essential to an artist's intention, then one might reconsider this point. No such case has in fact been made out. It is well-known that art that leaves something to the imagination is more powerful than full-scale realism; the desire to 'show everything' is probably pure commercialism parading in the guise of artistic integrity. Indeed, nudity and explicit sexual conduct are very likely to interfere with the artistic message of the film or the play, because they arouse strong irrelevant feelings and emotions which distract the viewer from the main point of the play." (Sien ook Clor *Obscenity* (1969) 258; Van Rensburg *Pornografie* 77 ev; Van der Walt "Ongewenste publikasies: 'n juridiese benadering" 1973 *Aambeeld* 8; *Pornography: the Longford report* (1972) 148 en vn 36 hieronder.) Daarby is dit te betwyfel of dit positiefregtelik 'n oorweging kan wees. Die appèlraad het 'n wetsgebonde diskresie en moet slegs die Wet op Publikasies toepas. Dit beteken dat sodra mediastof aan die omskrywing van ongewens voldoen, die gevolge van die wet intree. In *Buren Uitgewers v Raad van Beheer oor Publikasies* 1975 1 SA 379 (K) 403B–C merk Diemont R op dat alhoewel vryheid van spraak wel 'n faktor is, die hof se diskresie deur die wet gebind word: "Dit mag wees dat ek *Kennis van die Aand* nie sou verbied het nie as ek 'n onbeteuelde diskresie kon uitoefen, maar ek mag nie my eie beskouings laat geld ten koste van die beginsels van die Wet, en veral die bepalings van arts. 5 en 6 nie; " en Van Wyk RP (383A): "[M]aar hy durf nie sy eie beskouings oor wat in sulke gevalle toegelaat behoort te word, laat geld ten koste van die bepalings van die Wet nie. Wat die Regter wel

JB van der Westhuizen Van der Westhuizen[31] ontleed die verskillende normsisteme wat in die moraal, reg en etiek opgesluit is en ook die verhouding tussen moraal en reg. Hy kom na oorweging van die heersende standpunte tot die gevolgtrekking dat moraal beskermingswaardig is. Hy doen aan die hand dat die openbare moraal die belang is wat teen ander vryhede opgeweeg moet word.[32] Hy bevraagteken voorts die feit dat daar so iets soos universele sedes kan wees.[33] Hy versuim egter om die begrip "moraal" te omskryf.

Van der Vyver Van der Vyver[34] aanvaar dat die openbare sedes die beskermingsvoorwerp van die Wet op Publikasies is. Van belang is egter sy siening dat mediabeheer met werklikheidsverskynsels soos sedes en godsdiens te make het en dat afdwinging van sedes deur die reg slegs geoorloof is indien die verbreking van 'n sedebeginsel tot konflik in die gemeenskap aanleiding sou gee.[35]

JC van der Walt Volgens Van der Walt[36] gaan dit hier om 'n afweeg van belange. Die belange wat volgens hom hier ter sprake is, is die taak om die sonde to bestry en die taak van die kuns om die lewe volledig en waar uit te beeld. As beskermingsvoorwerp ken hy uiteindelik die sedelike gevoel uit.[37]

Die Appèlraad oor Publikasies Die appèlraad beskryf die openbare sedes nie uitdruklik as beskermingsvoorwerp van die Wet op Publikasies nie maar uit sy beginselstelling in die *Heartland*- aanhangsel[38] blyk dit by implikasie dat die sedes wel die beskermingsvoorwerp uitmaak. Die voorwerp is naamlik volgens die appèlraad die sedes soos gesien deur die redelike waarskynlike leser of kyker.[39] Die saak word egter nie verder gevoer nie ten spyte daarvan dat die appèlraad elders te kenne gee dat dit tog nie in die eerste plek om die sedes gaan nie.[40]

---

vervolg van vorige bladsy

mag doen is om, in soverre die reëls van uitleg hom toelaat, die bepalings van die Wet ten gunste van die vryheid van publikasie te vertolk. Om daardie rede sal hy die gevoelens van groepe wat preuts is, buite rekening laat."

31 "Pornografie en die reg" 1976 *De Jure* 57.

32 *Idem* 61.

33 *Ibid.* Universele sedes is wel bestaanbaar soos blyk uit 'n vergelyking van die sedestelsels van die meeste Westerse gemeenskappe. Sedes is gemeenskaps- en nie kultuurgebonde nie alhoewel kultuur moontlik 'n rol by sedevorming kan speel (sien par 6 hieronder en Stace *The concept of morals* (1937) 226 ev).

34 *Censored* (1983) 26; 2 *LAWSA* 104 ev.

35 *Censored* 31. Hy spreek hom egter teen mediabeheer in die algemeen uit.

36 1973 *Aambeeld* 8.

37 *Idem* 10.

38 43/82; sien ook *Brandwagpers* 1/75.

39 *Magersfontein* 7/80; *SAUK v O'Malley* 1977 3 SA 394 (A).

40 Sien Van Rooyen *Censorship* 13; *Heartland*- aanhangsel 43/82 5 ("mere infringement of the relevant moral principle is not enough" en "which interest should be given priority") 6–8; en veral *Friday the 13th, Part I* 117/85 waar die appèlraad sê: "In any case, the most important question under the Publications Act is not what morality or religion is . . ." Sien ook oa *Scope* 33/81 (sedes teenoor verspreider se belange); *Young Doctors in Love* 107/82; *Class of 84* 168/82; *David Hockney* 45/81; *From the Life of the Marionettes* 51/81 (sedes teenoor belange van "gesofistikeerde en ingeligte rolprentliefhebbers" en afwyking van die sedes is "draagbaar"); *S.O.B.* 81/81; *The Rocky Horror Picture Show* 94/83; *Revenge of the Nerds* 218/84; *Carrie* 29/80; *Brewster's Millions* 128/85 (geldelike belang van verspreider teenoor sedes). Indien die appèlraad se beslissings sedert 1980 bestudeer word, blyk daar 'n verminderende besef dat hy deel van die gemeenskap se instrument uitmaak wat sedeskendende stof uit die gemeenskap moet weer. Sedes moet "blatant", "skaamteloos", "afskuwekkend" of "walglik" geskend of skade aangedoen word deurdat (in lg geval) 'n wesenlike aantal persone na blootstelling van die stof waarskynlik die betrokke sedenorm

Gevolgtrekking In die voorgaande uiteenlopende benaderings van die howe, skrywers en die appèlraad bespeur 'n mens hoofsaaklik twee standpunte: eerstens dat die sedes of sedegevoel die enkele beskermingsvoorwerp van mediabeheer uitmaak, en tweedens dat dit by mediabeheer oor die afweging van meerdere belange soos kuns en letterkunde gaan. Daar bestaan dus nie eenstemmigheid oor wat die beskermingsvoorwerp van mediabeheer is nie. Word die beskermingsvoorwerp wel uitgewys, word geen verklaring of omskrywing daarvan gegee nie. Daarby word nêrens 'n ontleding en waardeskatting gemaak van die belange of beskermingsvoorwerp(e) wat teenoor mekaar gestel word nie.

5 DIE BESKERMINGSVOORWERP BY MEDIABEHEER

5 1 Inleiding

Dit blyk uit die standpunte van skrywers, die howe en die appèlraad dat die openbare sedes een van die beskermingsvoorwerpe by mediabeheer is.[41] Verder openbaar nadere ontleding van artikel 47(2)(a) die moontlikheid dat die individu ook as beskermingsvoorwerp gereken kan word. Hierdie artikel val naamlik in twee dele uiteen waarvan een deel oor die individu[42] en die ander oor die openbare sedes handel.[43]

---

vervolg van vorige bladsy

sal oortree (sien *Magersfontein, O Magersfontein* 7/80; *Heartland-* aanhangsel 43/82 en direk voorafgaande verwysings). Wat egter bedoel word met sedes, is nie duidelik nie. Dit wil voorkom of meer aandag aan "funksionaliteit" en "kuns- en letterkundige waarde" (sien hieroor vn 27 hierbo) gegee word as aan die belangrikheid van die sedes as 'n beskermingsvoorwerp ingevolge die Wet op Publikasies. (Sien oa oor films: *The Hells Wind Staff* 99/80; *Raging Bull* 8/81; *The Competition* 21/81; *1900* 31/81; *David Hockney* 45/81; *From the Life of the Marionettes* 51/81; *The Tin Drum* 82/81; *Wife Mistress* 77/82; *Lady Chatterley's Lover* 100/81; *Bad Boys* 97/83; *Flashdance* 102/83; *Breathless* 117/83; *Clockwork Orange* 130/83 (intellektuele kyker teenoor sedes); *Educating Rita* 155/83; *The Big Chill* 195/83; *Scarface* 81/84; *Streamers* 152/84; *Emmanuelle on Taboo Island* 209/84 3 (waar die appèlraad verklaar dat hierdie faktore is wat saam met die waarskynlike leser of kyker swaar weeg en wat daartoe aanleiding gegee het dat bv meer naaktheid geduld word); *Once Upon a Time in America* 211/84; *Revenge of the Nerds* 218/84; *Teachers* 13/85; *Scruples* 48/85; *The Bay Boy* 55/85; *Brewster's Millions* 128/85; *The Exorcist* 227/85; *Car Trouble* 239/85; *Plenty* 9/86; *A Private Function* 15/86; *Buddy Buddy* 20/86; *Blue City* 45/86; *April Fool's Day* 67/86; *Back to School* 153/86; *Tenue de Soireé* 16/87; *The Name of the Rose* 27/87; *Extremities* 34/87; *Julia and Julia* 141/87; en oor publikasies: *Scope* 8/80; *Kennis van die Aand* 131/81; *Rabbit is Rich* 35/82; *A Stranger in the Mirror* 160/83; *Portnoy's Complaint* 199/83; *Original Sins* 54/84; *Tropic of Capricorn* 132/85; *The High Cost of Living* 205/85; *Fanny Hill* 207/85; *Tropic of Cancer* 61/86; *The Mad Woman's Underclothes* 187/86; en oor openbare vermaaklikhede: *Asinamali* 16/86.) Oor die waarde van letterkunde, kuns en funksionaliteit, sien Steyn AR se uitspraak in die *Heinemann*-saak (*supra*) 151H waar hy duidelik aantoon dat dit nie swaarder kan weeg as die sedebelang wat die wet poog om te beskerm nie en ook Van Wyk RP se opmerking in hierdie verband in die *Buren*-saak (*supra*) 390H–391A waar hy sê dat die letterkundige hoedanighede van 'n werk geen invloed het op die vraag of so 'n werk ingevolge die wet ongewens is al dan nie.

41 Dws ingevolge a 47(2)(a) van die Wet op Publikasies 42 van 1974.

42 Vgl "onbetaamlik" en "onwelvoeglik". Hierdie vertolking word gesteun indien gevra word vir wie die stof onbetaamlik of onwelvoeglik is. Hierdie vraag kan net met verwysing na 'n werklike persoon met 'n bestaande ervaringsveld beantwoord word.

43 Vgl "vir die openbare sedes aanstootlik of skadelik is" en vn 5 hierbo. Sien Van Rensburg *Pornografie* 103 ev. Vir die vertolking van die inhoud van a 47(2)(a), sien Van Rooyen *Censorship* 8 ev; Van Rensburg *Pornografie* 101 ev.

So gesien, is die beskermingsvoorwerpe die individuele en die openbare sedes.[44] Dit is egter nodig om 'n begrip van die aard, funksie en belangrikheid van sedes te vorm vir die doel wat reeds ter inleiding vermeld is.[45]

5 2 Die omskrywing, inhoud en funksie van sedes

5 2 1 Inleiding

Van Rooyen[46] omskryf "morality" met verwysing na die *Shorter Oxford Dictionary* as "a particular system of morals" en "morals" as "pertaining to the distinctions between right and wrong, or good or evil". Vanuit hierdie uitgangspunt gebruik hy 'n stelling van regter Cardozo[47] om die geldende sedes binne 'n bepaalde gemeenskap as die gemiddelde tussen die hoogste en die laagste te beskryf. Hy maak ook die stelling dat die belange onderliggend aan sedes, eerder as die sedes self, hier ter sprake is.[48] Hierdie omskrywing en die vertolking daarvan lig die saak nie veel meer toe nie. Wat word bedoel met 'n "system of morals" en is dit waar dat daar volgens hierdie Amerikaanse regter "hoër" en "laer" sedes in 'n gemeenskap funksioneer? Is dit werklik so dat die "principle and practice of the men and women of the community whom the social mind would rank as intelligent and virtuous"[49] gelyk gestel kan word aan absolute sedes of dan die sedes wat in 'n bepaalde gemeenskap geld? Is hierdie omskrywing wetenskaplik waar?[50]

Van Rooyen[51] kom dan tot die slotsom dat openbare sedes

> "is the set of deep rooted rules of how a man should act towards his fellow men and it is based on mutual respect for life, limb, dignity, privacy and property. This is a factual issue to be determined with reference to ideals, practice, circumstances, time and place, and is similar to the determination which the courts have to make when ascertaining what an unwritten law is".

Dit voer egter nie die saak veel verder nie. Watter rol, indien enige, speel "mutual respect" en "ideals, practice and circumstances" in sedes? Kan omstandighede dan die vertolking van wat sedes is, beïnvloed? Waarom bestaan daar sedereëls?

Hieruit blyk nie wat met sedes bedoel word en wat by beheerbehoewende media-handelinge op die spel is nie. Is dit die belange onderliggend aan sedes

---

44 Sien par 5 2 2 hieronder.

45 Sien par 1 hierbo.

46 *Censorship* 52.

47 *Paradoxes of legal science* (1929) 37, aangehaal in Van Rooyen *Censorship* 52; Van Rooyen *ibid.* Amerikaanse gesag het volgens ons positiewe reg geringe oortuigingswaarde (*Human & Rosseau Uitgewers v Snyman* 1978 3 SA 836 (T) 845H).

48 Van Rooyen *Censorship* 52.

49 *Ibid.*

50 Sien in hierdie verband Wallace en Walker *Morality* 8 ev, maar veral 16 waar die skrywers aantoon dat 'n omskrywing aan die hand van sedes onbevredigend is. Die omskrywing van sedes is veel meer ingewikkeld as die basisomskrywing van die *Shorter Oxford Dictionary* wat slegs 'n verklaring van die woordbegrip van "morality" aanbied. Wallace en Walker *idem* 8 ev toon op oortuigende wyse aan dat daar uit die vele omskrywings van sedes telkens een of ander aspek van die omskrywing is wat die gepoogde omskrywing laat misluk of onbevredigend maak. Hierdie omskrywings maak van een of ander van die volgende gronduitgangspunte gebruik: die universele aard van sedereëls; die relatiewe belangrikheid van sedereëls; die sanksie wat aan die verbreking van sedereëls gekoppel word; en die inhoud van sedereëls. Juis Van Rooyen se omskrywing is hier van belang omdat dit tegelyk ook die appèlraad se siening van sedes weerspieël (sien *Brandwagpers* 1/75; *Heartland*- aanhangsel 43/82).

51 *Censorship* 52.

of die sedes self? Indien dit wel die belange onderliggend aan sedes is, is hierdie belange regtens beskermingswaardig? Anders gestel, kan hulle, regswetenskaplik beoordeel, enigsins beskermingsvoorwerpe wees? Indien dit die sedes is, wat is sedes? Wat is die rol en belangrikheid daarvan en is die sedes, regswetenskaplik beskou, 'n beskermingsvoorwerp?

Ten einde al hierdie vrae te kan beantwoord, is dit noodsaaklik om enige onduidelikheid oor die belange wat hier ter sprake is, uit die weg te ruim. Ook moet vasgestel word of hierdie belange regtens aan die vereistes vir 'n beskermingsvoorwerp voldoen en of die reg inderdaad hierdie belange beskerm. Dit is veral die sedebelang wat nadere omskrywing verg. Sodra die sedes omskryf is, word die sogenaamde "onderliggende belang" tegelyk in perspektief geplaas en kan ook hulle aan die juridiese toets vir 'n beskermingsvoorwerp onderwerp word.

Om te begryp wat met sedes bedoel word, moet die ontstaan, inhoud en werking daarvan bepaal word.

5 2 2 Die ontstaansgrond van sedes

Sedes ontstaan uit twee feite, naamlik dat die mens 'n sosiale wese is en nie sonder die geselskap van ander mense kan bestaan nie, en dat indien 'n mens altruïsties optree, dit die sosiale band tussen mense waarborg en verstewig.[52] Hierdie sosiale band is noodsaaklik vir die geestelike geluk, welsyn en verwesenliking van die mens.[53]

5 2 3 Omskrywing en kenmerke van sedes en soorte sedes

(a) Inleiding

Oor die aard, inhoud en werking van sedes is reeds baie besin.[54] 'n Uitvoerige uiteensetting van die verskillende benaderings tot en beskouings oor sedes val buite die bestek van hierdie artikel. Hier word net gepoog om daardie aspekte en eienskappe van sedes te bepaal wat 'n duideliker beeld daaraan as 'n beskermingsvoorwerp verleen.

(b) Omskrywings van sedes

Sedes word op verskillende wyses waaruit verdere kenmerke van sedes blyk, omskryf.

Whiteley[55] omskryf sedes soos volg:

> "The morality of a community consists of those ways of behaviour which each member of the community is taught, bidden and encouraged to adopt by other members."

Hy onderskei ook die meer sielkundige outonome sedesisteem.[56]

Sprigge[57] se omskrywing van sedes lui só:

---

52 Helle *Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des Wirtschafliches Rufes im Privatrecht* (1969) 4; Wallace en Walker *Morality* 73; Stace *Morals* 276; Clor *Obscenity* (1969) 200 ev.
53 Stace *Morals* 276; Clor *Obscenity* (1969) 200 ev.
54 Sien oa Wallace en Walker *Morality* en ander skrywers aldaar aangehaal; Kemp *Reason, action and morality* (1964); Stace *Morals.*
55 In Wallace en Walker *Morality* 22.
56 *Idem* 23.
57 In Wallace en Walker *Morality* 144.

> "A moral code is a system of evaluations and prescriptions conformity to which is encouraged in a society by public opinion. It differs from a code of etiquette in that its supporters are concerned that public opinion in all times and places shall back it up or regard it with sympathy . . . Public opinion backs up a moral code mainly by the threat that those who infringe it will be less readily accepted members of any community where that public opinion operates."

Strawson[58] beskou sedes soos volg:

> "Now it is a condition of the existence of any form of social organization, of any human community, that certain expectations of behaviour on the part of its members should be pretty regularly fulfilled: that some duties, one might say, should be performed, some obligations be acknowleged, some rules observed. We might begin by locating the sphere of morality here. It is the sphere of observance of rules, such as the existence of some such set of rules is the condition for the existence of a society. This is a minimal interpretation of morality."

Vir Outka en Reeder[59] is sedes daardie gedragsreëls wat die gedrag van persone en groepe reguleer op so 'n wyse dat 'n gemeenskap tot stand kom of 'n gedeelde verwagting ten opsigte van 'n bepaalde wyse van gedrag binne daardie gemeenskap tot stand bring. Verder orden sedereëls interpersoonlike en groepsgedrag binne 'n gemeenskap.

(c) Kenmerke van sedes

Gemeenskap noodsaaklik Sedes word in die eerste plek gekenmerk deur die feit dat dit nie buite 'n gemeenskap kan bestaan nie; die bestaan van 'n bepaalde gemeenskap is dus 'n vereiste vir die ontstaan en bestaan van sedes.[60]

Objektief vasstelbaar Tweedens blyk gemeenskapsedes uit algemeen aanvaarde optredes deur die lede van 'n gemeenskap volgens ongeskrewe gedragsreëls wat objektief vasstelbaar is.[61] Daar is geen kenbronne van sedes nie maar sedereëls word afgelei van daardie handelinge waaraan daar 'n sosiale sanksie gekoppel word. Gewoonlik vermy volwassenes sedestrydige handelinge ter wille van hulle gewete eerder as vanweë die uiterlike sosiale sanksie. Dit is wanneer die gewete en die uiterlike sanksie ooreenstem dat daar sprake van 'n positiewe sedereël is.[62]

Deur sosiale sanksie afgedwing Verder word die nakoming van sedereëls deur sosiale sanksie afgedwing.[63]

Nie monolities nie Sedes, anders as regsreëls, is nie monolities nie. Dit beteken dat meerdere sedestelsels in een gemeenskap kan bestaan,[64] alhoewel daar tog

---

58 *Idem* 103.
59 *Religion and morality* (1973) 45.
60 Cooper in Wallace en Walker *Morality* 73.
61 *Idem* 129.
62 Whiteley in Wallace en Walker *Morality* 23 ev; Sprigge in Wallace en Walker *Morality* 131; Cooper in Wallace en Walker *Morality* 129.
63 Cooper *ibid*: "It is a system of rules the infringement of which is punished by signs of unfriendliness towards the offender from average members of the society. He undergoes various distresses stemming from a general withdrawal of liking from him. He may be refused certain services, or he may suffer through being made to feel disliked." Sien ook die vorige par.
64 Cooper in Wallace en Walker *Morality* 73; Sprigge in Wallace en Walker *Morality* 131. Die verskil tussen sedes en regsreëls is geleë in die sanksie wat op die verbreking van elk volg: By regsreëls is die sanksie regsgevolge wat deur die regeringsorgane van die gemeenskap volgens voorafbepaalde beginsels toegemeet word, terwyl dit by sedes die afkeur van die gemeenskap is.

ook gemeenskaplike reëls vir die gemeenskap as 'n geheel sal wees.[65] Hierdie gemeenskaplike sedes verseker die bestaan, werking en voortbestaan van gemeenskappe en is gebonde aan 'n bepaalde gemeenskap. So gesien, het sedes 'n sosiale karakter en uitwerking.[66]

Sedes geld vir almal en is op beginsel gegrond Sedes geld ook vir *almal* in 'n bepaalde gemeenskap en is op beginsel gegrond. Die oogmerke en beweegredes van 'n bepaalde persoon is dus glad nie ter sake nie. Dit beteken dat daar op sedereëls geen uitsonderings ter wille van die individu kan bestaan nie. Eiebelang kan dus nie 'n sederiglyn wees nie omdat dit eiebelang tot die enigste doelwit sou verhef wat dan alle ander oorwegings sou laat vervaag.[67]

(d) Absolute en outonome sedes

Benewens absolute of gemeenskapsedes kan ook individuele of outonome sedes onderskei word. Met individuele of outonome sedes word bedoel dat die individu ('n) eie persoonlike sedestandaard(e) handhaaf omdat geen individu altyd ten volle met die sedes van sy tyd in pas kan wees nie. Anders as by absolute sedes, is outonome sedes nie van sosiale sanksie afhanklik nie, maar wel van die individu se gewete van wat paslike optrede in bepaalde omstandighede is of behoort te wees. Outonome sedes het dus 'n meer sielkundige inhoud[68] en kan selfs van absolute sedes verskil; dit kan hoër of laer as absolute sedes wees.[69]

Tussen outonome en absolute sedes is daar 'n wisselwerking. Absolute sedes is die kenbron van outonome sedes. Absolute sedes is vir hul voortbestaan egter nie afhanklik van die erkenning, navolging en handhawing daarvan deur die individu nie.[70] Cooper[71] stel dit soos volg:

> "The rules of a positive morality are independent of the individual's attitudes and preferences and so the body of rules, standards and ideals which constitute a positive morality is relatively stable."[72]

Dit het tot gevolg dat sedes binne 'n bepaalde gemeenskap slegs kan verander as die *meederheid* individue binne daardie gemeenskap se sedes sou verander. Hierdie verskynsel het tot gevolg dat verandering in sedereëls en -beskouings *geleidelik* plaasvind.[73]

---

65 *Ibid.*

66 *Ibid.* So gesien, verskil die sedes van bv Amerikaners van die sedes van Suid-Afrikaners. (Sien ook Kemp *Reason* 184; Whiteley in Wallace en Walker *Morality* 24.)

67 Baier in Wallace en Walker *Morality* 194 ev.

68 *Ibid*; Whiteley in Wallace en Walker *Morality* 23; die onderskeid wat Hegel tussen *Sittligkeit* en *Moralität* maak: sien Cooper in Wallace en Walker *Morality* 72 73.

69 *Ibid*; Cooper in Wallace en Walker *Morality* 73.

70 *Ibid* 23 87 93.

71 Wallace en Walker *Morality* 93.

72 *Ibid.*

73 *Ibid.* Sien Kemp *Reason* 187 waar hy die volgende sê: "It is, of course, impossible to alter moral rules directly, by agreement or by the decree of some authority, in a way analogous to that which the law of the land can be repealed, amended or extended by legislative act. Although an individual can, sometimes with difficulty, give up his early adherence to the accepted morality of his society in one or several respects, a society cannot change its moral rules in the same straightforward way as that in which it can change its laws. Changes in moral thinking and practice, whether rationally motivated or not, are usually gradual and are strongly resisted by many. They are brought about, not of course by any kind of moral legislation, but by the slow and steady effect on people's minds of the actions of those who have, as individuals, decided that the existing standards are defective. Moral changes occur either as the result of deliberate persuasion by reformers or by men following the examples set by those who have adopted new standards, even though they are not in fact setting out to recommend their adoption by others."

5 2 4 Die funksie van sedes

Die hooffunksie van sedes is om 'n *modus vivendi* binne 'n bepaalde gemeenskap te skep. Sonder die beperkings wat sedereëls op die selfsug, selfverheerliking, wense en begeertes van individue in 'n gemeenskap plaas, sal harmonie en medebestaan in 'n bepaalde gemeenskap onmoontlik wees.[74]

5 2 5 Die belangrikheid van sedes

Sedes as beskermingsvoorwerp ontleen sy beskermingswaardigheid aan twee verskynsels, naamlik eerstens die inhoud en werking daarvan en tweedens die siening dat sedereëls in vele gevalle die onderbou van regsreëls vorm. Wat die inhoud en funksie van sedes betref, kan verklaar word dat die grondslag vir die bestaan en voortbestaan van enige gemeenskap juis in die erkenning, bestaan en afdwinging van sedes geleë is. Indien sedereëls geminag of selfs deur geleidelike beïnvloeding nadelig getref word sodat 'n beduidende aantal lede van 'n gemeenskap afwyk van 'n sedestelsel wat daardie gemeenskap eeue lank doeltreffend laat funksioneer het, verval die *modus vivendi* en gaan so 'n gemeenskap uiteindelik tot niet. Dit is waarom sedes beskerm word en beskerm behoort te word.[75]

---

74 Kemp *Reason* 196: "A moral rule or principle must not merely fulfil the condition, mentioned earlier, that it can be acted on, or adopted as an ideal; it must also fulfil the restrictive condition that it can be adopted as a means of initiating or preserving or extending some kind of co-operation or social activity between human beings. Human nature being what it is, and the limitations of life on this planet what they are, some sort of restrictions on the free play of appetite and impulse, as well as the calculations of self-interest and aggrandisement, are necessary if any kind of peaceful co-existence is to be achieved." Sien ook Cooper en Whiteley in Wallace en Walker *Morality* 73 en 24 onderskeidelik.

75 Devlin *The enforcement of morals* (1959) 104. Hart *Law, liberty and morality* (1963) 54 en skrywers soos St John Stevas in Clor *Obscenity* (1969) 8; *Obscenity and the law* (1956) 189 ev ontken dat die verbreking of verwering van sedereëls of sedes enige invloed op die voortbestaan van 'n gemeenskap kan hê en gebruik die voorbeeld van die immorele handeling wat in die privaat verrig word om aan te toon dat hierdie stelling nie waar is nie. Daarby probeer hulle aantoon dat die onsedelike selde tot afwykende gedrag of misdadigheid lei. Hierdie argument hou nie steek nie. Die private verrigting van 'n immorele handeling sluit nie noodwendig die moontlikheid uit dat die persoon wat geneig is om so 'n handeling te verrig, op ander indirekte wyses 'n nadelige invloed op die sedes van die gemeenskap kan hê nie. Dit skyn of Hart en sy ondersteuners nie kennis neem van hierdie moontlikheid nie. Verder gaan dit nie om 'n oorvereenvoudigde oorsaak-en-gevolg-reaksie nie. Die mens se psige en samestelling is te ingewikkeld om dit met so 'n oorvereenvoudigde oorsaak-en-gevolg-argument te verklaar en om die Devlin-argument op hierdie grond as onbeduidend af te maak. Om hierdie rede lyk die appèlraad se uitgangspunt dat die Devlin-benadering nie gevolg behoort te word nie en dat 'n gematigde benadering aangewese is, op wetenskaplike gronde twyfelagtig (sien Van Rooyen *Censorship* 9 en sien vir die strekking van hierdie argumente ook Clor *Obscenity* (1969) 136 ev. Die appèlraad het hierdie verwering ook aanvanklik ingesien deur te bepaal dat "skadelik" ook kondisionering beteken (*Cheeky Chuckles* 4/75). Dit is egter nie meer die appèlraad se houding nie. Sien oor die verwering van sedes en as oortuigende teenargument vir die oorvereenvoudigde standpunt dat alle sedeskendende stof slegs die gevolg het om in misdadige of anti-sosiale gedrag openbaar te word, Van Rensburg *Pornografie* 25 ev; Court "Pornography and rape in White South Africa" 1979 *De Jure* 277; Clor *Obscenity* (1969) 170 ev; Clor *Censorship* (1970) 124; Eysenck in Dhavan en Davies (1987) 156; die werke in vn 78 waar aangetoon word dat sedeskending wel belangrike gevolge het; en veral Baier in Wallace en Walker *Morality* 206: "A society is more than just a number of individuals living in a certain area and behaving in ways directly affecting others, such as killing, maiming and robbing. Life in society involves a social framework which multiplies the points of contact between individuals and which

Regsreëls is gedragsreëls wat deur 'n bepaalde gemeenskap tot algemeen-erkende en universele gedragsreëls verhef word en waarvan die nakoming deur 'n regsanksie verseker of afgedwing word. Positiewe sedes is ook algemeen-erkende en altyd-geldende gedragsreëls binne 'n bepaalde gemeenskap, die nakoming waarvan deur sosiale sanksie verseker en afgedwing word. Die verskil tussen positiewe reg en positiewe sedes is dus geleë in die soort sanksie wat aan die nie-nakoming van die betrokke gedragsreël gekoppel word.

Sedes en reg is dus oorvleuelende begrippe en regsreëls het in vele gevalle 'n sedegrondslag.[76] Die uitkalwing van sedes bring tegelyk ook 'n ondergrawing van die regstelsel mee omdat sedes die regstelsel onderlê.[77] Dit volg hieruit dat indien toegelaat word dat sedes benadeel word of verval, die regstelsel uiteindelik ook sal verval. So sal die openbare orde uiteindelik in duie stort wat natuurlik die voortbestaan van die gemeenskap in die gedrang bring.[78]

Meeste skrywers erken dat sedes regtens beskermingswaardig is en dit word dan ook in vele gemeenskappe regtens beskerm.[79] Nou is dit opvallend dat die vraag na die erkenning of nie-erkenning van sedes as regtens beskermingswaardige voorwerp meestal oorheers word deur 'n debat oor die beskerming van sedes deur strafregtelike sanksie.[80] Wat egter by mediabeheer ter sprake is, is die voorkoming van sedebenadeling *sonder* strafregtelike sanksie. Sedeskendende stof word eenvoudig uit die gemeenskap geweer voordat dit enige beduidende uitwerking op die sedes van die gemeenskap kan hê. Daarom kan met reg gevra word of die argumente teen strafregtelike regulering hier toepaslik is. Hier is heel ander beginsels ter sprake omdat dit om die voorkoming van sedebenadeling[81] sonder enige strafregtelike sanksie gaan.[82]

---

vervolg van vorige bladsy

can transform the effects of man's behaviour on his fellow men. Within a given social framework, behaviour may be harmful which is not, from its nature, the infliction of harm on another. It may be harmful only if and because a great many people in that society engage in it. No harm is done if one person walks across the lawn. But the lawn is ruined if everyone else does. No harm is done when one person uses the gas. But if everyone uses it during peak hours, then the gas supply may break down, and everyone will be adversely affected." Hierdie verwering van absolute sedes *via* outonome sedes is van groot belang wanneer mediabeheer en die tersaaklike norme in verband daarmee oorweeg word.

76 Van der Vyver en Van Zyl *Inleiding tot die regswetenskap* (1972) 31; Paton en Derham *A textbook of jurisprudence* (1972) 71; Friedman *Legal theory* (1967) 25 ev 43; Van der Walt 1973 *Aambeeld* 9; Van der Westhuizen 1976 *De Jure* 57.

77 Van der Westhuizen 1976 *De Jure* 59: "Die reg het egter 'n minimum moraalinhoud wat die regstelsel *via* die moraal van die gemeenskap binnekom. 'n Regsreël moet 'n minimum moraalinhoud hê ten einde doeltreffend te wees. Friedman sê dan ook dat daar tussen die regsorde en die sosiale effektiwiteit daarvan 'n balans moet wees wat in ooreenstemming is met die gemeenskap se morele opvattings anders sal die regstelsel omver gewerp word of ten minste verander word." (Hy verwys hier na Friedman *Legal theory* 44.)

78 Sien vn 74; *Pornography: the Longford report* 193 460 ev; Clor *Censorship* (1970) 109 en in die algemeen Naroll *The moral order* (1983) waar op empiriese wyse bevind word dat die verswakking van sedestelsels binne 'n gemeenskap aanleiding gee tot allerlei gemeenskap-afbrekende gevolge soos verswakking van gesinsverbande, verwaarlosing van bejaardes, kindermishandeling, selfmoord, vervaging van geslagtelike onderskeide ens. Hiermee word nie te kenne gegee dat mediasedeskending die uitsluitlike oorsaak van sedelike agteruitgang is nie, maar daar kan ook nie ontken word dat dit wel 'n beduidende rol in die sedelike aftakelingsproses speel nie.

79 Van der Walt 1973 *Aambeeld* 9; Burns *Publications Act* 146 ev.

80 Burns *idem* 147 ev.

81 Nl benadeling van die sedes deur die media (sien verder vn 75 hierbo en *infra*).

82 Om hierdie rede wil dit my voorkom dat die beginsels, toetse en norme van die strafreg tov mediabeheer ter voorkoming van sedebenadeling nie ter sake is nie. Die strafregnorme

5 2 6 Sedes as beskermingsvoorwerp

Sedes is daardie moeilik veranderbare gedragsreëls wat binne 'n bepaalde gemeenskap bestaan, wat deur sosiale sanksie afgedwing word en wat 'n *modus vivendi* verseker. Daar is 'n onderskeid tussen absolute en outonome sedes. Sedes in beide vorme is regtens beskermingswaardige voorwerpe omdat die bestaan en voortbestaan van 'n gemeenskap deur die instandhouding van beide vorme verseker word. Media-materiaal wat sedeskendend is, is om hierdie rede aan beheer onderworpe. Die beginsels wat hier ter sprake is, is nie strafregtelik van aard nie. Die aard van sedes maak dit duidelik dat sedes 'n regsvoorwerp van relatief hoë waarde is en dus voorkeur bo meeste ander regsbelange behoort te geniet.[83]

Die siening van appèlregter Rumpff[84] is dus nie in ooreenstemming met die wetenskaplike beskouing van sedes nie: daar is by sedes nie sprake van 'n "matter of taste" nie.

5 3 Die individu as moontlike beskermingsvoorwerp

5 3 1 Inleiding

Van Rooyen en ook die appèlraad, alhoewel hulle erken dat die openbare sedes 'n rol by mediabeheer speel, lê sterk klem op die persoonlikheidsregtelik-gegronde belange van "protection of children, respect for the privacy of the sexual act, for the privacy of the human body, for the dignity and property of man, for

---

vervolg van vorige bladsy

tav onbetaamlikheid en onwelvoeglikheid kan nie net so oorgeneem word nie. Die strafreg het te make met positiefregtelik duidelik-omskrewe handelinge wat met strafsanksie besoek word. Om hierdie rede is dit strafregtelik nodig om duidelik-omskrewe norme en beginsels toe te pas omdat die reg op billikheid gegrond is. Sedereëls daarenteen is nie op billikheid gegrond nie, maar wel op wat vir die gemeenskap as geheel ten koste van 'n individu voordelig is (sien par 5 2 4 hierbo en *Human en Rousseau Uitgewers v Snyman* (*supra*) 845E–H). Indien egter aanvaar word dat strafregtelike beginsels wel geld, het die misdade wat hier ter sake is in elk geval die beskerming van die sedes ten doel. (Sien bv "openbare onsedelikheid" in Hunt *South African criminal law and procedure* (1971) vol II 276.)

83 Dit is trouens ook die gemeenregtelike posisie. Vgl die geval waar 'n outeur sedeskendende materiaal voortbring. Hy word nie teen die kopiëring van sy werk beskerm nie. (Sien *Goeie Hoop Uitgewers (Edms) Bpk v Central News Agency* 1953 2 SA 843 (W) 847H waar Price R die volgende sê: "It seems to me that, as the happiness and prosperity of a country depends upon the character of its people, this article possesses no copyright, *because it is likely to corrupt the morals of a great many of the young people who are likely to read it*" (ek beklemtoon). Sedestrydige kontrakte is ook gemeenregtelik onafdwingbaar - *ex turpi causa non oritur actio* (Christie *The law of contract in South Africa* (1983) 384 en oa *Lion Match Co Ltd v Wessels* 1946 OPD 376 381; Van Jaarsveld *Suid-Afrikaanse handelsreg* vol I (1988) 88 ev.) Daar is ook talle strafregtelike verbiedinge wat die sedes beskerm (sien oa vn 82). Daarenteen word die media vanweë beleidsoorwegings deur die reg streng behandel omdat dit oor die potensiaal beskik om op groot skaal benadeling vir die individu en ook vir die sedes te bewerkstellig veral vanweë die oudio-visuele en tegniese kommunikasiedoeltreffendheid daarvan (Van der Walt 1973 *Aambeeld* 8; Klopper *Mediareg* 272; *Pakendorf v De Flamingh* 1982 3 SA 146 (A)). Hierdie potensiaal geld vir sedeskending ook juis omdat die media die sensasielus van die massa-samelewing vir eie gewin uitbuit (Berns in Clor *Censorship* (1970) 51; Van der Walt 1973 *Aambeeld* 8). Vir die uitwerking van die ondergrawing en verswakking van sedestelsels binne gemeenskappe, sien in die algemeen Naroll *The moral order* (1983) veral 157.

84 In sy minderheidsuitspraak in die *Heinemann*-saak (*supra*) (sien par 3 1 hierbo).

religious freedom and feelings" wat volgens hulle sedes ten grondslag lê.[85] Regspraak het by geleentheid ook die "eer en waardigheid van die vrou" as beskermingsvoorwerp aangedui.[86] Daar moet dus oorweeg word of vermelde belange regswetenskaplik beskermingsvoorwerpe is of kan wees.

5 3 2 Die beskerming van kinders

Net soos in die geval van "vryheid om doende te wees,"[87] kan die "beskerming van kinders" geen subjektiewe reg daarstel nie omdat daar geen duidelike subjek-objekverhouding aanwesig is nie.[88] Dit is wel duidelik dat kinders beskerming behoef teen sedeskendende media-materiaal, maar die *beskerming van kinders* is nie die voorwerp nie.[89]

5 3 3 Die privaatheid van die geslagsdaad en die naakte menslike liggaam

Die persoonlikheidsreg op privaatheid het 'n bepaalde inhoud en verleen aan 'n bepaalde regsubjek sekere duidelik-omskrewe bevoegdhede. Dit bring mee dat openbaarmaking van private feite en die indringing van die reghebbende se privaatheidsfeer sonder sy toestemming onregmatig is.[90] Waar naaktheid en die geslagsdaad uitgebeeld word sonder dat dit op 'n bepaalde persoon betrekking het, kan daar nie van 'n subjektiewe reg sprake wees nie omdat 'n regsubjek ontbreek. Bloot in die algemeen het die "privaatheid van die geslagsdaad en die menslike liggaam" nie so 'n duidelike regsubjek nie en kan daarom nie 'n regsvoorwerp wees nie.[91]

---

85 Van Rooyen *Censorship* 3 52 65 ev en die appèlraadbeslissings daar aangehaal.

86 *Mame Enterprises v Publications Control Board* (*supra*).

87 Vgl *Friend Newspapers v Fichardt* 1914 AD 1.

88 Sien Van Heerden en Neethling *Onregmatige mededinging* 123; Joubert 1958 *THRHR* 110 ev; *contra* Van der Vyver in *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (red Strauss 1988) 288 ev.

89 Die beskerming van kinders is op twee oorwegings gegrond. Eerstens beskik die kind nog nie oor 'n goed-ontwikkelde onderskeidingsvermoë nie en is dus maklik beïnvloedbaar. Tweedens word die sedes van 'n gemeenskap van geslag tot geslag oorgedra en moet die kind nie tydens sy vormingsjare blootgestel word aan media wat aan hom 'n sedestrydige boodskap gee of hom sedelik verwar nie. Baier in Wallace en Walker *Morality* 195 verklaar: "Morality is meant to be taught to all members of the group in such a way that everyone can and ought to act always in accordance with these rules. It is not the preserve of an oppressed or privileged class or individual. People are neglecting their duties if they do not teach the moral rules to their children. Children are removed from the homes of criminals because they are not likely to be taught the moral rules there." Hierdie stelling kan ewe goed lui: "Children are removed from exposure to immoral media because they are not likely to be taught the moral rules there." Trouens, empiriese navorsing dui daarop dat kinders op 'n baie vroeër stadium van hulle ontwikkeling sedes opneem, maar dat hulle telkens opsien na die volwassene om die ingeburgerde sedestelsel te bevestig (Haan, Aerts en Cooper *On moral grounds* (1985) 370). Indien die bevestiging van die volwassewêreld in die vorm van die media sterker is as dié van die ouer, sal sedeverwarring intree en kan dit tot die bevestiging van die verkeerde sedewaardes aanleiding gee. (Sien ook Eysenck in Dhavan en Davies (1987) 159; Freedman, Carlsmith en Sears *Social psychology* (1970) 113 ev.)

90 Neethling *Persoonlikheidsreg* (1985) 217 ev; McQuoid-Mason *The law of privacy in South Africa* (1978) 169 ev. Vir 'n uitvoerige argument oor die vraag of privaatheid 'n beskermingsvoorwerp in die Engelse en Amerikaanse reg is of kan wees, sien MacCormick "Privacy and obscenity" in Dhavan en Davies (1978) 76 ev. Hy kom tot die gevolgtrekking dat dit nie "privaatheid" kan wees nie.

91 *Ibid*; vn 88 hierbo.

5 3 4 Waardigheid en eiendom

Dieselfde argument geld vir waardigheid en eiendom; sonder 'n duidelik-omskrewe subjek-objekverhouding kan daar geen sprake van 'n subjektiewe reg wees nie.[92]

5 3 5 Gevolgtrekking

By nadere ontleding blyk dit dus dat Van Rooyen en ook die appèlraad se oordeel dat mediabeheer nie soseer oor die sedes handel nie maar wel oor die "privaatregtelike" belange waarop sedes gegrond is, nie houdbaar is nie omdat hierdie belange regswetenskaplik beskou, geen regsvoorwerpe kan wees nie.[93] En indien die belange self nie regsvoorwerpe kan wees nie, volg dit (om dieselfde redes) dat die "respek" vir daardie belange dit nog minder kan wees.

Indien gemelde "belange" nie regswetenskaplike belange kan wees nie, moet bepaal word waarom byvoorbeeld die naaktheid van die menslike liggaam asook beoefening van die geslagsdaad in die openbaar nie in 'n betrokke gemeenskap geduld word nie. Die antwoord is voor-die-hand-liggend: Dit is doodeenvoudig omdat *die sedes* bepaal dat dit nie geduld word nie. Die bestaan van 'n sedereël word immers getoets met verwysing na die gevolg van 'n bepaalde handeling.[94]

Dit laat dus die vraag watter rol die belange van die individu by mediabeheer speel of behoort te speel. Hierbo is die onderskeid en wisselwerking tussen outonome en absolute sedes aangetoon. Die individu moet teen sedeskendende media-handelinge beskerm word ten einde die verwering van outonome sedes en die daarmee gepaardgaande uiteindelike verwering van absolute sedes te verhoed.[95]

5 4 Die belange vermaaklikheid, kuns, letterkunde, drama, van volwassenes, van gesofistikeerdes en vryheid van spraak

5 4 1 Inleiding

Van Rooyen[96] noem die belange vermaaklikheid, kuns, letterkunde, drama en van volwassenes en gesofistikeerdes as belange wat teenoor sedes te staan kom. Hy gee te kenne dat hierdie belange regswetenskaplik beskou belangrik genoeg is om voorrang bo sedes te geniet. Al wat bepaal moet word, meen hy, is in welke mate verontagsaming van sedes ter wille van hierdie belange toegelaat behoort te word.[97] Die vraag is of hierdie uitgangspunt regswetenskaplik verantwoordbaar en volgens die eise van die werklikheid is.

---

92 Vn 88 hierbo.

93 Van Rooyen *Censorship* 3 52; *Heartland*-aanhangsel 43/82.

94 Nl of daardie handeling met sosiale sanksie besoek sal word (sien vn 61 en par 5 2 3 hierbo). Vir die praktiese werking van die sedes, kan die geval Beau Brummel as voorbeeld dien: na jarelange stryd vir die vestiging van nudisme in Suid-Afrika is die "koning van nudisme" weens openbare sosiale druk gedwing om te abdikeer (*Pretoria News* 1989-03-22).

95 Sien par 5 2 3 hierbo.

96 *Censorship* 52.

97 Dit is ook die uitgangspunt van die appèlraad: sien oa die boodskap-, funksionaliteits- en kunswaardebenadering van die appèlraad in die sake in vne 27 en 40 hierbo. Die gesofistikeerde volwassene en die volwassene word ook as 'n belang gereken (*From the life of the Marionettes* 45/81; *Clockwork Orange* 130/83). Daarby het die geldelike belang van die verspreider ook by geleentheid 'n rol gespeel (*Scope* 33/81).

5 4 2 Die regswetenskaplike verantwoordbaarheid van hierdie belange

In die eerste plek kan geeneen van hierdie belange regsvoorwerpe wees nie omdat daar weer eens geen duidelike subjek-objekverhouding aanwesig is nie.[98] Die kunste en die letterkunde kan moontlik wel deel van 'n algemene openbare belang wees, maar hulle is nie selfstandige belange nie. Indien die kunste en letterkunde argumentshalwe as regsbelange geag word, is hulle nie belange wat gemeenregtelik en andersins swaarder as sedes weeg nie.[99] Dieselfde geld vryheid van spraak en al die ander belange wat hier ter sprake is.[100]

Daarbenewens moet in gedagte gehou word dat die werklikheid leer dat sedes absoluut is en nie vir enige uitsonderings voorsiening maak nie[101] en dat die argument dat individue soos die volwassene en die gesofistikeerde 'n belang het om sedeskendende media te ervaar, juis hierdie beginsel aantas. Sedes geld vir almal: die kind, die volwassene, die gesofistikeerde,[102] die rolprentvervaardiger, die kunstenaar, die skrywer en die verspreider. Die verheffing van hierdie belange bo die sedes is om 'n eienaardige en kunsmatige sedestelsel te skep en te bevorder.[103]

6 SAMEVATTING EN GEVOLGTREKKING

By die beoordeling en formulering van regsreëls is dit noodsaaklik dat daar met die werklikheid rekening gehou word. Wanneer die beslissings van die howe en die appèlraad en die menings van skrywers ontleed word, blyk dit dat daar nie

---

98 Vn 88 hierbo.

99 Sien Steyn AR se uitspraak in die *Heinemann*-saak (*supra*) 151H; vn 83 en par 5 hierbo. Trouens, inperking van sedeskendende stof kan op die lange duur tot die verheffing van kunsgehalte lei, enersyds omdat 'n gemeenskap wat sy sedepeil handhaaf goeie kuns voortbring en andersyds deurdat twyfelagtige kunswerke nie onder die vaandel "weerspieëling van die gebroke werklikheid" toegelaat word nie (Berns in Clor *Censorship* (1970) 55 62–65).

100 Sien vn 30 hierbo oor vryheid van spraak.

101 Sien par 5 2 3 en vn 67 hierbo.

102 Die volwassene en gesofistikeerde se belang berus op die foutiewe veronderstelling dat diesulkes algeheel onbeïnvloedbaar is deur sedeskendende stof (sien Eysenck in Dhavan en Davies (1978) 157 ev; Clor *Obscenity* (1969) 170 ev; Berns in Clor *Censorship* (1970) 57; Van Rensburg *Pornografie* 25 ev 110; *Pornography: the Longford report* 101 ev). Die onderskeid tussen "erotika" en "pornografie" is nie 'n beginselverskil nie, maar 'n kwessie van graad van sedeskending en is daarby kwalik bepaalbaar. Die "sagte pornografie" van vandag is die "pornografie" van gister wat deur die proses van ongevoeligmaking aanvaarbaar geword het (sien Geldenhuys *Pornografie* 13; *Mame Enterprises v Publications Control Board* 1974 4 SA 217 (W) 222F; die *Heinemann*-saak (*supra*) 148H; Eysenck in Dhavan en Davies (1978) 158). Daarby, deur volwassenes toe te laat om sulke stof te sien, word 'n dubbelstandaard tov die oordrag van sedes aan kinders geskep wat ouerlike kontrole oor die blootstelling van kinders aan sodanige stof bemoeilik – 'n kwessie dus van "maak soos ek sê en nie soos ek doen nie". Beïnvloeding van volwassenes beteken dat die gekondisioneerde sedewaardes wat geleidelik deur die toelaat van sedeskending ontstaan, mettertyd *via* die volwassene se houdingsverandering teenoor sedes die huisgesin binnegedra, ingeburger en dan daar aan kinders oorgedra word.

103 Sien Cooper in Wallace en Walker *Morality* 95 waar hy sê dat om die kunste as belangriker as sedes te beskou, op sigself 'n poging is om die kunste as sedenorm te vestig. As hierdie aanbeveling dan nog *via* 'n staatsingestelde liggaam geskied, kan dit aanleiding gee tot die uiteindelike aanvaarding van sedestrydige norme soos dat naaktheid geduld moet word. (Sien vn 74 hierbo en let op die beginsel in die sosiale sielkunde dat 'n individu deur die stellings van 'n geleerde of 'n gesagsfiguur beïnvloed word om teen sy beterwete op te tree (Freedman, Carsmith en Sears *Social psychology* 212 ev); en oor die rol en waarde van kuns, Van Rensburg *Pornografie* 68 ev; Berns in Clor *Censorship* (1970) 49 ev.)

'n duidelike besef is van wat by die beheer van media ten opsigte van sedeskendende stof ter sprake is nie. Gevolglik is daar ook nie 'n duidelike beeld van wat die beskermingsvoorwerp van die Wet op Publikasies is nie. Tog is dit duidelik dat die sedes as minstens een van die moontlike beskermingsvoorwerpe gereken word. Ander belange word egter ook teenoor die sedes gestel. Die sedes is regtens 'n erkende en beskermde belang en uit die werking daarvan in die werklikheid is dit duidelik waarom dit beskerm word. Aan die ander kant is die belange wat teenoor sedes gestel word, nie regtens erkende en beskermde belange nie en kan dit ook nie wees nie. Gevolglik is die sedes in outonome en absolute vorm die beskermingsvoorwerp van die Wet op Publikasies.

DEANS OF LAW FACULTIES AND LATIN

At a conference of the deans of all the law faculties in the country held on 30 March this year under the auspices of the Society of University Teachers of Law, a resolution affecting the Latin requirement for entry to the profession was passed unanimously. All the deans of law were either present or represented, except the dean of law at the University of Cape Town; and after the conference the latter indicated that he supported the resolution. The resolution therefore enjoys the unanimous support of all the deans of law.

The deans resolved "respectfully to point out that the statutory requirement compelling law graduates to study Latin as a condition of entry into the legal profession is an unwarranted interference with the autonomy of the law faculties to determine what their students need to study in order to qualify themselves to become lawyers. The legislature does not require law graduates to take any particular law courses, even basic ones such as the law of contract and the criminal law, but is content to leave the legal curricula to the academic judgment of the faculties. Views differ among academic lawyers about the importance of teaching Latin to law students, but we are all agreed that there is no more justification for statutory compulsion in the case of Latin than in respect of core legal disciplines".

The status of acts done contrary to statutory provisions

GE Devenish
BSc LLD THTD
Professor of Public Law, University of Natal (Durban)

OPSOMMING

Die status van handelinge wat in stryd met 'n statutêre verbod verrig is

Alhoewel daar geen probleme is met die uitleg van 'n statuut wat dit kategories duidelik maak dat 'n daad wat in stryd met 'n statutêre voorskrif of 'n verbod verrig word, van nul en gener waarde is nie, is die posisie anders as die voorskrif of verbod nie in soveel woorde uitgedruk of duidelik geïmpliseer word nie. Hier kan die hof voor die keuse gestel word om te besluit of die voorskrifte van 'n statuut as geheel inderdaad nagekom is of nie; in hierdie verband het die howe die kriterium van substansiële nakoming geformuleer en toegepas.

Die howe maak van twee kategorieë bepalings gebruik: (a) dwingende of gebiedende bepalings; en (b) aanwysende of reëlende bepalings. Hierdie gebruik het sy ontstaan in die Engelse reg. Nietemin is daar 'n gebrek aan duidelikheid met betrekking tot die bepalings se presiese betekenis en toepassing. Aangesien die bedoeling van die wetgewer altyd deurslaggewend is, is daar geen definitiewe reëls nie maar het die howe oor die jare sekere leersame riglyne ontwikkel en geformuleer:

Eerstens is daar sekere *semantiese* riglyne wat 'n *prima facie* aanduiding van die wetgewer se bedoeling gee waar hy nie daarin kon slaag om die posisie ondubbelsinnig duidelik te maak nie.

Tweedens is daar sekere *regswetenskaplike* riglyne om die vasstelling van die bedoeling van die wetgewer te vergemaklik. Hierdie riglyne dra meer gewig as die semantiese aanwysings. Sowel die semantiese as die regswetenskaplike riglyne is egter nie volledig of bindend nie. Hulle is slegs pragmatiese gevolgtrekkings wat in sekere omstandighede deur die howe gemaak word.

Derdens is daar *veronderstellings* wat betrekking het op spesifieke omstandighede wat die bedoeling van die wetgewer aandui ten aansien van die status van statute wat in stryd met die statutêre verbod is.

Die skeppende wyse waarop die howe wetgewing in dié verband uitgelê het, is belangriker as die oplossings wat hulle in individuele sake bereik het. Hulle *modus operandi* is kontekstueel en skeppend en behels die opweeg van linguistiese en nie-linguistiese faktore. Die proses is nie fonografies nie aangesien dit belangrike regswaarde-oordele insluit.

Daar moet gevolglik in elke geval van uitleg 'n evaluasieproses plaasvind; 'n besluit wat vir een stel omstandighede geneem is, is nie sonder meer van toepassing op 'n ander stel nie. Die Suid-Afrikaanse hofpraktyk openbaar 'n duidelike voorkeur vir 'n teleologiese interpretasieteorie aangesien die faktore wat bykans sonder uitsondering in die opweegproses oorweeg word, die beginsels van geregtigheid, gerieflikheid, logika, doeltreffendheid en moraliteit insluit. Op hierdie wyse het die howe in vele uitsprake uiters skeppend opgetree en die hedendaagse reg ontwikkel in ooreenstemming met die regswetenskaplike etos van ons gemenereg.

THE COMMON-LAW BACKGROUND

While there is no difficulty in interpreting an enactment which makes it categorically clear that an act done in conflict with a statutory prescription or prohibition is null and void, problems arise when (as in most cases) the consequences

of the failure to comply with a prescription or prohibition are not expressed in so many words or clearly implied.

The position in Roman law[1] was simple and unqualified: *quid fit contra legem est iure nullum* (that which is done in conflict with the law, is null and void). This, however, reflected an embryonic and superficial manner of legal reasoning, since mere *formality* was considered the decisive interpretative issue, whereas the authentic intention of the legislature was ignored.

Some Roman-Dutch writers merely advocated invalidity whenever statutory provisions were disregarded.[2] Voet,[3] on the other hand, demonstrated a more profound legal perception when he reasoned as follows:

> "[T]hings done contrary to law are not *ipso iure* null if the law is content with enacting a penalty against transgressors . . . [since] in these and the like cases greater inconveniences and greater impropriety would follow on the actual rescission of the things done, than would attend the actual thing done contrary to the laws."

Voet's argument, which reflects his underlying philosophy of natural law,[4] represents a more sophisticated method of legal reasoning, based on an evaluation of certain relevant jurisprudential considerations (for example convenience and propriety) in ascertaining the intention of the legislature. Grotius made use of a moral criterion in ascertaining the status of an act contrary to statutory prescription[5] whereas Maestertius[6] advocated that the general rule that non-compliance should result in nullity should be departed from in exceptional cases where considerations of justice required it (*justam ob causam*). The viewpoints of the Roman-Dutch writers expressed above indicate how they approached the task of interpretation. Rules were not applied in a merely mechanical way, but were applied to give expression to certain values.

Maxwell[7] advocated a method of reasoning similar to that of Voet in this regard:

> "It may perhaps be found generally correct to say that nullification is the natural and usual consequence of disobedience: but the question is in the main governed by questions of convenience and justice and when that result will involve general inconvenience or injustice to innocent persons . . . without promoting the real aim and object of the enactment such an intention is not attributed to the legislature."

Therefore even in English law, with its traditional literal approach to the interpretation of statutes, the mechanism of teleological evaluation finds expression in the consideration of "general inconvenience or injustice to innocent persons" referred to in the above excerpt.

---

1 *C* 1 4 5 states that "where anything is forbidden by law and is done, it shall not only be void, but be considered as if it had not been done at all; although the legislator may have only made the prohibition in general terms, and did not expressly state that what had been done should be considered void" (see *Corpus Juris Civilis* trl by Scott (1973) vol 6 87).

2 See Steyn *Uitleg van wette* (1981) 192.

3 1 3 16. See *The selective Voet being the commentary on the Pandects* (trl by Gane vol 1 (1955)) 44–46. De Groot (see *De jure belli ac pacis* 2 5 16; in this regard see also *Standard Bank v Estate van Rhyn* 1925 AD 266 274); Sande (*Decisiones Frisicae* 2 1 2–6) and Gluck (*Pandecten* 1 1 14 (96 *et seq*)) were of a similar opinion.

4 See *The selective Voet op cit* vol 1 title 1 "Right and justice".

5 Thus he held that the effect of a law was "the *annulling of all acts contrary to law*, that is when the law so provides, . . . or when the act is of a permanently improper character" (*Introduction to Dutch jurisprudence* trl by Maasdorp (1878)) 1 2 2 at 3).

6 *Tractatum* 23. See Steyn *op cit supra* fn 2 193.

7 Third ed 520, as quoted by Ward J in *Driel v De Bruyn* 1918 OPD 23 25.

According to Bennion[8] a further relevant problem is that "legislative drafting has been markedly deficient" in this regard, because

> "[d]raftsmen find it is easy to use the language of command. They say that a thing 'shall' be done. Too often they fail to consider the consequences when it is not done".[9]

THE NATURE OF THE COMPLIANCE REQUIRED

A court may have to decide whether there has indeed been compliance with the provisions of an enactment as a whole. In this regard our courts have formulated and applied the criterion of substantial compliance. Thus in *Commercial Union Assurance Company of South Africa v Clarke*[10] claims for compensation under the Motor Vehicle Insurance Act[11] together with the prescribed medical certificate, were required to be "sent by registered post or delivered by hand".[12] After careful evaluation the court held that there had indeed been substantial compliance even though the documents had only been sent by *ordinary post*. Therefore precise compliance in the minutest details may not be the criterion: in particular, the performed act may not have to be identical to the act prescribed.[13] The underlying reason for this is that there must be a compliance with the object or aim of the prescription in the context of the statute as a whole, rather than its detail in order to ensure that the object of the statute is fulfilled, taking into account the principles and ethos of our common law, which requires that justice be done to the parties concerned. This is the essence of teleological evaluation. Thus in determining the nature of the compliance required in the interpretation of statutes, the underlying theory of interpretation is indeed relevant. Substantial compliance is compatible with the purposive theory, whereas the literal theory would require exact compliance.

The court should therefore not approach the matter from an exclusively semantic viewpoint of whether an injunction is peremptory or merely directory: the preferable approach is that which was followed in *Maharaj v Rampersad*,[14] where the court held:

> "The enquiry, I suggest, is not so much whether there has been 'exact', 'adequate' or 'substantial' compliance with this injunction but, rather whether there has been compliance therewith . . . In deciding whether there has been a compliance with the injunction the object sought to be achieved by the injunction and the question whether this object has been achieved are of importance."[15]

Acceptance of substantial compliance as opposed to exact compliance may in proverbial language amount to the lesser of two evils. Thus in *Mtembu v R*,[16] M was charged with perjury in that he had made a false statement under oath before a commissioner of oaths. Although the technicalities of the relevant law[17] were not complied with, Broome J adopted the argument that

---

8 *Statutory interpretation* (1984) 21.
9 *Idem* 21–22.
10 1972 3 SA 508 (A).
11 Act 29 of 1942.
12 *Supra* fn 10 516F–G 517B–C.
13 See *Maharaj v Rampersad* 1964 4 SA 638 (A).
14 *Ibid.*
15 646C–D.
16 1940 NPD 7.
17 Regulation 1(e) of 1937 made in terms of Act 16 of 1914.

> "[i]f the effect of non-compliance were to invalidate the affidavit, the result would be a miscarriage of justice in that the appellant would avoid punishment, and the essential aims of the Legislature would in no way be promoted".[18]

This judgment illustrates how the courts should evaluate the conflicting jurisprudential and legal issues inherent in the application of the law to a particular factual situation.

However, as a point of departure it is necessary to regard non-compliance as leading to invalidity.[19] The seminal issue is, of course, the intention of the legislature, which has to be inferred in accordance with the maxims of interpretation. In this regard the court should also consider

> "the language used, the scope of the enactment as a whole and the consequences in relation to justice and convenience of adopting one view rather than the other".[20]

This is an interesting and illuminating *dictum* because the court took the unusual step of articulating certain jurisprudential value-judgments which frequently influence the determination of the intention of the legislature (in particular justice and convenience) and because it cogently indicates that the process of interpretation is not merely technical but also essentially involves the weighing up, *inter alia*, of conflicting rights and the making of fundamental value-judgments. This approach of interpretation, appositely described as teleological or value-coherent evaluation, employs, *inter alia*, justice as an important criterion in ascertaining whether a provision is directory or peremptory. Thus in *Pio v Franklin*[21] the court held that a provision in an ordinance that voters lists "shall be drawn up before 15th of May in each year" was directory, since otherwise "*grave injustice* may be done to persons who have no control over the action of the board".[22] In *Kuhne and Nagel (Pty) Ltd v Elias*[23] the court also used the criterion of justice to resolve an issue relating to the status of an act performed in conflict with a statutory prescription. Thus the court observed:

> "It could be a grave injustice to a cessionary on the insolvency of the debtors . . . It is difficult to conceive what injustice would result if the provisions are regarded merely as directory."[24]

The above two quotations make it manifestly clear that our courts embark on the process of interpretation by weighing up jurisprudentially relevant considerations in order to ascertain the intention of the legislature.

THE SIGNIFICANCE OF THE TERMS PEREMPTORY/IMPERATIVE/MANDATORY/OBLIGATORY[25] ON THE ONE HAND AND DIRECTORY/PERMISSIVE/FACULTATIVE ON THE OTHER HAND

The use of these legally ambivalent terms has its genesis in English law. Despite the fact that the terms have been a part of accepted legal usage for some time, *inter alia* in South Africa and in the United Kingdom, there is a lack of clarity

---

18 9–10. Cf *Ex parte Vaughan* 1937 CPD 281.

19 *Standard Bank v Van Rhyn* 1925 AD 266 274. Also in *Lion Match Co v Wessels* 1946 OPD 376 380 the court held that "[i]t is now generally accepted . . . that the prescript . . . recorded in *C* 1 12 5 has no bearing on modern statutes".

20 Per Boshoff AJP in *Kuhne and Nagel (Pty) Ltd v Elias* 1979 1 SA 131 (A) 133E–F. See the English case of *Howard v Bodington* 1877 2 PD 203.

21 1949 3 SA 442 (C).

22 452.

23 1979 1 SA 131 (T).

24 134G–H.

25 In this regard Bennion *op cit supra* fn 8 22 says "terms used instead of 'mandatory' include 'absolute', 'obligatory', 'imperative' and 'strict' ".

in regard to their precise meaning and application. In the English case of *Woodward v Sarsons*[26] Lord Coleridge gave the classical exposition of their meaning as follows:

> "[A]n absolute [peremptory] enactment must be obeyed or fulfilled exactly, but it is sufficient if a directory enactment be obeyed or fulfilled substantially."[27]

In both English and South African law the wisdom of this nomenclature has been impugned. Thus in *Howard v Bodington*[28] Lord Penzance observed that he was "not sure that it is the most fortunate language that could have been adopted to express the idea it is intended to convey".[29]

Labuschagne,[30] after making a careful examination of the curial practice in regard to the application of these terms, comes to the conclusion that a threefold classification has indeed crystallised rather than a twofold one. His classification is as follows:

(a) There are those prescriptions that require exact compliance;

(b) there are others that require substantial compliance; and

(c) there are lastly those that do not necessarily require compliance for validity.

The courts usually[31] refer to the first and the last of the above categories as peremptory and directory provisions respectively, while the second is referred to quite arbitrarily as either directory or peremptory.[32] It is therefore the second category that tends to create confusion. The use of these terms has become so deeply ingrained in the judgments of the courts and our legal literature that they cannot be avoided. The terms should, however, not be used in an arbitrary way but should be employed to give accurate expression to the intention of the legislature. The term "peremptory" should therefore be employed when the legislature requires exact compliance, and the term "directory" should be used when non-compliance is condoned. In regard to the second category neither of these words should be used: this category rather should be referred to as requiring substantial compliance.

The peremptory/directory dichotomy is not an entirely satisfactory jurisprudential arrangement because, as Wiechers[33] explains, while all prescriptions and

---

26 1875 LR 10 CP 733.

27 746 747.

28 1877 2 PD 203.

29 210. See also the *dictum* of Van den Heever J in *Lion Match Co Ltd v Wessels* 1946 OPD 376 380.

30 Labuschagne "Op die voetspoor van die wetgewingsproses: dwingende en aanwysende bepalings" in *Petere fontes LC Steyn-gedenkbundel* 77.

31 The courts are not always consistent in the use of these terms. Thus in *Jem Motors Ltd v Boutle* 1961 2 SA 320 (N) 328A–B Milne J observed: "Imperative provisions, merely because they are imperative will not, by implication, be held to require exact compliance with them where substantial compliance with them will achieve all the objects aimed at."

32 In this regard compare the following extracts from *President Insurance Co v Gumbi* 1971 1 SA 744 (N) 749E–G and *Nkisimane v Santam Insurance Co Ltd* 1978 2 SA 430 (A) 433H–434C resp: "In certain cases where the requirement is directory even a total failure to comply with the requirement may, in proper cases, be wholly disregarded . . . in other cases, although a consideration of the scope and object of the enactment shows that it is couched in directory terms, substantial compliance of its requirements is nevertheless demanded . . ." and "In between those two kinds of statutory requirement it seems that there may now be another kind which, while it is peremptory, nevertheless only requires substantial compliance in order to be legally effective."

33 *Administrative law* (1985) 198. In Wiechers's own words "*[a]ll statutory rules are peremptory.* If this were not so, it would have to be accepted that some statutory provisions are not really binding legal rules but merely non-obligatory suggestions for desirable conduct".

prohibitions of the law are in a sense peremptory in certain circumstances, invalidity may not flow from non-compliance. Wiechers's analysis is undoubtedly correct, since all statutory prescriptions are indeed in a sense peremptory. However, as Du Plessis[34] observes,

> "[t]here are on the one hand, decisions intimating that substantial compliance with directory provisions is still required [and] there are, on the other hand, also decisions to the effect that substantial compliance with peremptory provisions can in certain circumstances suffice".[35]

The consequences which flow from the categorisation of a provision as either peremptory or directory are taken into account in the process of interpretation in the light of the essential jurisprudential aim of interpretation, which is to further the object of the legislation. Thus Colman J held in *Shalala v Klerksdorp Town Council*[36] that although

> "the applicant did not bring the matter before the court as he was enjoined to do . . . it does not follow from that that the object of the relevant injunction was thereby frustrated or materially impaired".[37]

A court may therefore indeed *condone* non-compliance by weighing up all the relevant considerations such as convenience, justice and the object of the law. In doing so the courts act in a creative and just way, establish precedents and develop the law.

The legal and interpretative significance of these terms is clearly spelt out in *Nkisimane v Santam Insurance Co Ltd*[38] where the court held:

> "Statutory requirements are often categorized as 'imperative' or 'directory'. These are well-known, concise, and convenient labels to use for the purpose of differentiating between the two categories. But the earlier clear-cut distinction between them now seems to have become somewhat blurred. Care must therefore be exercised not to infer merely from the use of such labels what degree of compliance is necessary and what the consequences are of non or defective compliance. These must ultimately depend upon the proper construction of the statutory provision in question . . . in other words, upon the intention of the lawgiver as ascertained from the language, scope and purpose of the enactment as a whole . . ."[39]

It is not inconceivable that a regulation may be construed to contain both directory and peremptory aspects. Thus the court observed in *Maharaj v Rampersad*[40] "[t]hat a regulation can be in part directory and in part peremptory has on more than one occasion been recognised in this court . . ."[41]

As the crucial issue is always the intention of the legislature, there are no hard and fast rules, but the courts have over the years developed and formulated certain instructive guide-lines. The legal position is succinctly explained in *Vita Food Products v Unus Shipping Co*[42] (referred to in *Pio v Franklin*[43]) in the following *dictum*:

---

34 *Interpretation of statutes* (1986) 143–144; see also *President Insurance Co v Gumbi* 1971 1 SA 744 (N) 749.
35 *JEM Motors Ltd v Boutle* 1961 2 SA 320 (N) 327–328.
36 1969 1 SA 582 (T).
37 588D–E.
38 1978 2 SA 430 (A).
39 433H–434A.
40 1964 4 SA 638 (A).
41 645E–F. This was also the position in *Echakowitz v Frank* 1920 TPD 183 185 (see also Labuschagne *op cit supra* fn 31 88 fn 70).
42 1939 AC 277 PC.
43 1949 3 SA 442 (C) 451.

> "No universal rule can be laid down for the construction of statutes as to whether mandatory enactments shall be considered directory or obligatory with the implied nullification for disobedience. It is the duty of the Courts of Justice to try to get at the real intention."[44]

This real intention is inferred from "the general scope of a Statute as well as to considerations of convenience and of justice".[45] These guide-lines, although obviously not binding or exhaustive, are important. While De Villiers CJ held that "it would be impossible to define the classes of cases in which the provisions of a statute should be held to be either directory or imperative"[46] it is essential to use some form of classification since, according to Bennion,[47] "[w]ithout legal categories, the law has little chance of being orderly and predictable".

SEMANTIC GUIDE-LINES

There are certain *semantic* guide-lines that have crystallised in the judgments of the courts and that give a *prima-facie* indication of legislative intention where the legislature has failed to make the position unequivocally clear:

(a) If a word or words are used which have an affirmative or imperative character, this is a cogent indication that the legislature intends the provision to be peremptory. Thus for instance the word "shall" has such a connotation.[48] It is important to realise that this is merely an example of the inference that "language of a predominantly imperative nature is to be taken to be indicative of peremptoriness".[49] The word "only" (slegs),[50] by virtue of its strong exclusionary character, has a similar connotation. Other words which imply obligation are "must" and "is required".[51] It must, however, be borne in mind that language *per se* is virtually never conclusive.[52] Thus it is the task of the courts to "probe the true effect of legislation in an endeavour to determine whether a provision [is peremptory or directory]."[53] Van den Heever JA indicated in *Messenger of the Magistrates' Court v Pillay*[54] how this guide-line should be applied by observing that

> "[i]f a statutory command is couched in such peremptory terms it is a strong indication, in the absence of considerations pointing to another conclusion, that the issuer of the command intended disobedience to be visited with nullity".[55]

(b) When permissive words like "may" are used, which reflect an element of discretion, they should *prima facie* be construed as directory unless the intention of the legislature indicates otherwise. The legal position was succinctly explained in the Australian case of *Ward v Williams*[56] where the high court held that

---

44 *Supra* 293.
45 *Burrowes v British South Africa Company* (1899) 16 SC 482 489.
46 *Ibid.*
47 *Op cit supra* fn 8 23.
48 *Messenger of the Magistrates Court, Durban v Pillay* 1952 3 SA 678 (A) 683C–D.
49 Du Plessis *op cit supra* fn 34 144.
50 *Van der Merwe v Ingelyfde Wetsgenootskap, Transvaal* 1966 3 SA 160 (T) 164E–F.
51 Pearce *Statutory interpretation in Australia* (1981) 163.
52 See *S v Khoza* 1973 4 SA 511 (T) 513E–F where the court observed that "[t]aalgebruik is opsigselwe . . . nie deurslaggewend nie".
53 Pearce *op cit supra* fn 51 163.
54 1952 3 SA 678 (A).
55 *Idem* 638D–E.
56 92 CLR 496.

> "it is necessary to bear steadily in mind that it is the real intention of the legislature that must be ascertained and that in ascertaining it you begin with the *prima facie* presumption that permissive or facultative expressions operate according to their ordinary natural meaning".[57]

In this regard Trollip JA commented as follows in *Amalgamated Packaging Industries v Hutt*:[58]

> "However the well-known case of *Julius v The Bishop of Oxford* was invoked in aid of the construction that 'may direct' there should be construed as a meaning 'shall direct' and that departure from the former's ordinary connotation can only be justified if the manifested intention of the Legislature so requires."[59]

(c) The negative form by its very nature also has a peremptory connotation.[60] This is once again not a decisive factor, but must be considered together with other semantic and jurisprudential considerations. In regard to this rule De Beer J remarked that it "has possibly been too widely stated and may not be of general application".[61]

(d) In contrast, the use of positive language suggests that the provision is directory.[62]

(e) If the provision involves elastic language or an indefinite concept or phrase such as for instance "without unreasonable delay" there is a presumption in favour of validity.[63] Thus indefiniteness of language may justify the inference that a provision is intended to be directory only.

All the above semantic *indicia* are not, however, dispositive, and they may be outweighed by or else add weight to a conclusion indicated by other more fundamental considerations.

JURISPRUDENTIAL GUIDE-LINES

In the cases of *Pio v Franklin*[64] and *Sutter v Scheepers*[65] certain *jurisprudential* guide-lines were articulated in order to facilitate discernment by the courts of the intention of the legislature. These jurisprudential principles are by their very nature more influential than the semantic indications considered above and involve an examination of the consequences of interpretation by considering the effect of "interpreting the provision one way or the other"[66] and may be summarised as follows:

(a) If, on weighing up the ambit and aims of a provision, nullity would lead to injustice, fraud, inconvenience, ineffectiveness or immorality, and provided there is no express statement that the act would be void if the relevant prohibition or prescription is not complied with, there is a presumption in favour of validity.[67] Thus in *Johannesburg City Council v Arumugan*[68] Steyn J condoned

---

57 505.
58 1975 4 SA 943 (A).
59 *Idem* 950D–E.
60 *Samuel Thomas Myers v Pretorius & Etc* 1944 OPD 144 151 152.
61 152.
62 *R v Sopete* 1950 3 SA 769 (E) 772F–G.
63 *Leibbrandt v SA Railways* 1941 AD 9 13.
64 1949 3 SA 442 (C) 451.
65 1932 AD 165 173 174.
66 Pearce *op cit supra* fn 51 164.
67 *Pio v Franklin* 1949 3 SA 442 (C) 451.
68 1961 3 SA 748 (W) 757–758.

a substantial compliance with a statutory prescription since it did not result "in any or any possible prejudice or injustice to persons affected by such enactment . . ."[69] This in effect is a teleological method of interpretation. Also where "greater inconvenience would result from the invalidation of the illegal act than would flow from the doing of the act which the law forbids"[70] the courts will invariably be reluctant – unless there is some other more compelling argument – to invalidate the act. Effectiveness[71] and morality[72] are also considerations that the courts could use in the process of evaluation in order to decide whether to invalidate an act performed in conflict with statutory prescription.

(b) The history and background of the legislation may provide some indication of legislative intent[73] in this regard.

(c) The presence of a penal sanction may, under certain circumstances, be supportive of a peremptory interpretation, since it can be reasoned that the penalty indicates the importance attached by the legislature to compliance.[74] However, the courts act with circumspection in these circumstances. Thus in *Eland Boerdery (Edms) Bpk v Anderson*[75] the court made the observation that

> "[t]rouens, die toevoeging van so 'n sanksie is dikwels 'n aanduiding dat die wetgewer die straf, waarvoor voorsiening gemaak word in die Wet, as genoegsame sanksie beskou en dat hy nie bedoel het, as 'n bykomende sanksie, dat die handeling self nietig sou wees nie".[76]

In *Standard Bank v Estate van Rhyn*[77] Solomn JA observed that nullity

> "as a general proposition, may be accepted, but it is not a hard and fast rule universally applicable. After all, what we have to get at is the intention of the Legislature, and, if we are satisfied in any case that the legislature did not intend to render the Act invalid, we should not be justified in holding that it was".[78]

The matter was taken further in *Lion Match Co Ltd v Wessels*[79] where Van den Heever J commented that

> "[t]he legislator prohibited unauthorized transactions in the commodity and imposed a heavy penalty upon those who flouted the prohibition. In these circumstances it would credit the legislator with abysmal fatuity to impute to him an intention that the penalty be a sufficient deterrent . . . To this general rule there are a few exceptions based on very exceptional considerations . . ."[80]

(d) Where the validity of the act, despite disregard of the prescription, would frustrate or seriously inhibit the object of the legislation, there is obviously a presumption in favour of nullity.[81] This is a fundamental jurisprudential consideration and it therefore obviously outweighs contrary semantic indications.

---

69 *Idem* 757H.
70 *Jeffries v Komgha Divisional Council* 1958 1 SA 233 (A) 239A.
71 *Trust Bank van Afrika Beperk v Eksteen* 1964 3 SA 402 (A) 412.
72 De Groot *Inleiding* 1 2 2.
73 See *Springs Town Council v MacDonald* 1967 3 SA 229 (W) 234B–C (this judgment was upheld on appeal 1968 2 SA 114 (T)).
74 *Rooiberg Mineral Development Co Ltd v Du Toit* 1953 2 SA 505 (T) 508G and *Lion Match Co v Wessels* 1946 OPD 376 381.
75 1966 4 SA 400 (T); see also Steyn *op cit supra* fn 2 197 fn 26.
76 405D–E.
77 1925 AD 266.
78 274.
79 1946 OPD 376.
80 *Idem* 381.
81 Steyn *op cit supra* fn 2 198 fn 30 and *R v Lewinsohn* 1922 TPD 366.

Thus in *R v Lewinsohn*,[82] although the relevant provision was couched in the positive form (*prima facie* suggesting that it was directory) it was correctly held to be peremptory, as otherwise the whole purpose of the statute would have been defeated. In this case the court had to decide what the consequence was of an omission of some of the prescribed particulars required to be set out in a permit for the conveyance of liquor from one place to another. Since the object of a permit – which should have been producible on demand by the police – containing the required particulars was to facilitate police control of the liquor trade, the court found that the required particulars were peremptory.

(e) If, on the other hand, the validity of the act performed contrary to legislative prescription would in any meaningful way frustrate the legislative intention, the courts do not hesitate to invalidate it. In *Rooiberg Minerals Development Co Ltd v Du Toit*,[83] where the court had to interpret section 66 of Act 36 of 1937 (which penalised victimisation of lawful trade union activities) and concerning which the court had to decide on the status of the act of victimisation, Blackwell J reasoned as follows:

> "That an employer could be allowed to victimise at will as long as he was prepared to pay the penalty? I have no hesitation in answering this question in the negative. So far from such a construction carrying out the intention of the Legislature, it would, in my opinion, frustrate it."[84]

The opposite conclusion was reached in *Pottie v Kotze*[85] where the court had to decide whether a valid delivery could take place in terms of section 13*bis* of Ordinance 17 of 1931 (T) in the absence of a roadworthy certificate. Fagan JA observed:

> "If we consider what the mischief was which the Legislature wished to prevent, we may be sure that there was no intention to prohibit owners of second-hand motor vehicles from disposing of them to persons other than dealers, or even to restrict or hamper such transactions. The object was to ensure that motor vehicles which are used on a public road are fit for such use."[86]

It is therefore clear that the courts do not apply this particular rule in a mechanical way, since to do so would render them "the slaves of maxims of interpretation which should serve . . . as guides and not be allowed to tyrannize over us as masters".[87]

The judgment in *Eastern Transvaal Garage v Harland*[88] involved a conflict between the jurisprudential considerations set out in (a) and (c) above. After carefully weighing up the competing issues the court came to the conclusion that the act was validly performed despite the presence of a penal provision. Murray J indicated that he was influenced by public policy which "favours the recognition of a contract while criminally punishing the seller for failure to comply with his duty".[89]

---

82 *Idem* 369.
83 1953 2 SA 505 (T).
84 509F–G.
85 1954 3 SA 719 (A).
86 726C–D.
87 727F–G.
88 1950 2 SA 778 (T).
89 782. In doing so he relied on Voet 1 3 16 (see *supra* fn 3).

PRESUMPTIONS THAT HAVE CRYSTALLISED IN REGARD TO CERTAIN SPECIFIC CIRCUMSTANCES

The following are specific circumstances where there is a *presumption* against nullity which may be rebutted:

(a) The protection of public revenue. Here a directory provision may involve a sanction for disobedience other than invalidity of the act concerned. In the case of *McLoughlin v Turner*[90] the court held that

> "[t]his is a revenue statute, and it is a well recognised rule of construction that the mere imposition of a penalty for the purpose of protecting the revenue does not invalidate the relative transaction . . . But, of course, the Legislature may prohibit or invalidate the transaction even where the sole object is to protect the revenue. And if that intention is clear effect must be given to it".[91]

However, the above case contrasts with that of *Delport v Viljoen,*[92] where the court had to interpret section 7 of the Licences Consolidation Act[93] which prohibited the carrying on of a trade without a licence. Blackwell J, in interpreting and applying the statute, observed that it was intended to

> "regulate trade, and the issue of trade licences is a jealously-guarded affair . . . Before you can get a licence you must go to the municipal authorities and obtain a certificate from them. That certificate is by no means a matter of form. There is a hearing and very often the grant of the certificate is refused . . . If I were to hold that a person who failed to get a licence, or had never even applied for a licence, could go on trading indefinitely provided that he was prepared to suffer the penalty . . . I would . . . be tearing up the Licences Consolidation Act".[94]

This is an exemplary judgment indicating how the courts set about their task of evaluating the different guide-lines in determining the status of conduct performed in conflict with statutory prescriptions.

(b) If other provisions of the same act would become superfluous in the case of nullity a presumption that the provision is directory can be inferred.[95]

In other circumstances, there tends to be a presumption in favour of a peremptory interpretation:

(a) Where the freedom and rights of the individual are involved, the courts, in accordance with the ethos of our Roman-Dutch law, should emphasise the peremptory nature of a provision. Thus in *Macara v Minister of Information, Immigration and Tourism,*[96] the court held that a provision contained in the Immigration Act requiring the furnishing of written reasons for the detention of a prohibited person is peremptory. Moreover, in the case of *Schierhout v Minister of Justice,*[97] Innes CJ held that "disregard of peremptory provisions of a statute is fatal to the validity of the proceeding affected"[98] since in this case the compulsory retirement of a member of the public service was contrary to the peremptory provision of the relevant statute and thus he was not only entitled

---

90 1921 AD 537.
91 544.
92 1953 2 SA 511 (T).
93 32 of 1925.
94 516H–517A.
95 *Hurwitz v SA Mining and General Ass Co Ltd* 1958 4 SA 136 (W) 140D.
96 1977 2 SA 264 (R) 266A.
97 1926 AD 99.
98 110.

to claim for damages, but also to treat his notice of retirement as null and void and to claim his salary.

(b) Time limits, such as periods of prescription, for example, are usually construed as imperative. This is not a hard and fast rule, but the courts do appear to be fastidious when it comes to time limits. This is apparent from the following observation:

> "[T]here seems to be one rule that stands clear, and that is that provisions with respect to time are always obligatory, unless a power of extending the time is given to the court."[99]

However, this viewpoint appears to be too rigid and the jurisprudential sentiment expressed by Malan J in *Volschenk v Volschenk*[100] is preferable:

> "I am not aware of any decision laying down a general rule that all provisions with respect to time are necessarily obligatory and that failure to comply strictly therewith results in nullifying all acts done pursuant thereto. The real intention of the legislature should in all cases be enquired into and the reasons ascertained why the legislature should have wished to create a nullity."[101]

Justice and fair play are crucial considerations when it comes to time limits. A process of teleological evaluation must take place by means of the weighing up of conflicting interests as suggested by Malan J:

> "An important consideration should be whether by failure to adhere to a strict compliance with the time provision substantial prejudice would result to the persons or classes intended to be protected and if prejudice may result whether it is irremediable or whether it may be cured by allowing an extension of time."[102]

Thus in *Suidwes-Afrikaanse Munisipale Personeel Vereniging v Minister of Labour*[103] the court observed that

> "the principle has now been firmly established that, in all cases of time limitations, whether statutory or in terms of the Rules of Court, the Supreme Court has an inherent right to grant condonation where the principles of justice and fair play demand it to avoid hardship and where the reasons for strict compliance with such time limits have been explained to the satisfaction of the Court".[104]

Where vague language is used in regard to time requirements, our courts have favoured a directory approach. In *Leibbrandt v SAR*,[105] where the court had to interpret a section of a statute which required that a disciplinary charge of misconduct against an employee of the SAR should be treated with "reasonable dispatch", De Wet CJ observed:

> "The indefiniteness of the provision is not conclusive for . . . Courts have often to decide whether in any transaction there has been unreasonable delay and, difficult though the problem might be, a decision could be come to whether in any particular case the limits of reasonable preliminary investigations have been exceeded. But I agree with the learned Judge in thinking that the Legislature would not have framed a provision which it intended to be peremptory in this indefinite language . . ."[106]

(c) If the provision contains a restraint-of-trade prescription there is a presumption in favour of nullity.[107]

(d) It has been held that

---

99 *Hercules Town Council v Dalla* 1936 TPD 229 240.
100 1946 TPD 486.
101 490.
102 *Ibid.*
103 1978 1 SA 1027 (SWA).
104 1038B.
105 1941 AD 9.
106 13.
107 Steyn *op cit* 199 fn 2.

> "[w]here a statute confers a right, privilege, or immunity, the regulations, or forms and conditions, which it prescribes are imperative, in the sense that the non-observance of them is fatal".[108]

This was the conclusion reached by Maasdorp J in regard to the interpretation of section 4 of Act 9 of 1883. The provision in question related to the requirement that a petitioner should sign an election petition. The court thus refused to condone the signing of the petition by the petitioner's attorney.

(e) Where a condition precedent is stipulated in the statute the prescription is usually regarded by the courts as obligatory. Thus in *S v Takaendesa*[109] Beadle CJ held:

> "Attention might also usefully be directed here to the form of the language used in sec 77A (2). This sub-section prohibits the making of an order unless an appointed chief is consulted. Where a statute prohibits the doing of an order unless something else is done as a condition precedent to the doing of the thing prescribed, it is a general rule of interpretation that the provisions of the Act are obligatory and not directory."[110]

CONCLUSION

The semantic and the jurisprudential guide-lines discussed above are neither exhaustive nor binding (the latter being more influential than the former, as explained above) but, as Wiechers[111] points out, they are merely pragmatic conclusions that the courts have reached in certain circumstances. The creative way in which the courts have embarked on their task of construing legislation germane to the status of acts done contrary to statutory provisions is more important than the solutions they have reached in individual cases. Their *modus operandi* is both contextual and creative and involves a weighing up of linguistic and non-linguistic factors. The process is most certainly not merely phonographic since it involves important legal value-judgments. Thus a process of evaluation must occur in each case of interpretation, and a decision reached in one set of circumstances may be inapposite in another different but similar set of circumstances.[112] South African curial practice in this aspect of the interpretation of statutes clearly demonstrates a preference for a teleological theory of interpretation involving an evaluative *modus operandi*, since the interpretative factors invariably considered in the weighing-up process include the principles of justice, fair play, convenience, logic, effectiveness and morality. In doing so, the courts have in many judgments acted in a highly creative way and have developed our contemporary law in accordance with the jurisprudence and ethos of our common law.

---

108 *Orpen v Celliers* 10 SC (1903) 261 264.
109 1972 4 SA 72 (RA).
110 78B–D.
111 *Op cit supra* fn 33 198.
112 *Ex parte Vaughan* 1937 CPD 279 281, in which Centlivres J held: "I do not wish to suggest for a moment that there may not be cases in which the Court will refuse to accept affidavits which do not comply with the provisions . . . more especially perhaps in contested matters the Court may require compliance with the provisions."

AANTEKENINGE

PROVISION FOR AFFIRMATIVE ACTION IN A BILL OF RIGHTS*

The draft bill of rights prepared by the South African Law Commission provides for the protection of fundamental rights of individuals against legislative measures and executive and administrative acts. Given the political history of this country the most important provisions of the bill are those contained in article 2. The substantive part of this article reads:

> "The right to human dignity and equality before the law, which means that there shall be no discrimination on the ground of race, colour, language, sex, religion, ethnic origin, social class, birth, political or other views or any disability or other natural characteristics."

In short, these provisions proclaim that all persons are equal before the law. Statutes such as the Group Areas Act and the Separate Amenities Act are therefore in conflict with the basic principle enshrined in the article.

If there is legislative discrimination on the ground of, say, race or membership of a group, such legislation inevitably favours members of other races or groups. It follows that should the substantive provisions of article 2 become law, it will no longer be possible to confer *inter alia* legislative benefits on individuals *qua* members of a racial or some other group. However, those substantive provisions do not stand alone. This is so because a proviso contained in article 2 reads as follows:

> "Provided that such legislation or executive or administrative acts as may reasonably be necessary for the improvement, on a temporary basis, of a position in which, for historical reasons, persons or groups find themselves to be disadvantaged, shall be permissible."

This proviso makes provision for what has become known as affirmative action. It authorises, for example, legislative measures aimed at the uplifting, by preferential treatment, of persons or groups who have suffered from past discrimination. The proviso does not, however, embody a novel approach. So, for instance, courts in the United States have from some time upheld legislative and other affirmative action measures. Such decisions are based upon an extensive interpretation of the equal protection clause of the 14th Amendment to the Constitution of the United States of America. The theory is that there can be no equality unless, in certain circumstances, legislative bodies and administrative functionaries provide for preferential treatment of especially black Americans, when such is necessary to reverse the effects of historical discrimination against Blacks in the United States.

---

* Address delivered on the occasion of a function held by the South African Legal Rights Foundation in Johannesburg on 1990-04-27.

This interpretation has by no means met with universal acclaim. It has been said that affirmative action is in fact disparaging towards those accorded preferential treatment; that it is extremely difficult to apply in practice; that it is counter-productive to employ a less well qualified member of an underprivileged group rather than a better qualified member of a majority; and that it amounts to reverse discrimination. The last argument is perhaps the most powerful one in that affirmative action does discriminate against members of historically privileged groups, and is thus in conflict with individual freedom of equality before the law. It has also been said that the underlying theory that past discrimination requires the bestowal of preferential treatment is highly questionable, since there is no evidence that affirmative action in the United States has benefited more than a small number of upper-class Blacks. Indeed, so it is furthermore said, statistics show that since the adoption of the Civil Rights Act in 1964 socially and economically advantaged Blacks forged ahead but that disadvantaged Blacks fell further behind.

The proponents of affirmative action in the United States do not regard it as entailing punitive or reverse discrimination. So, for instance, Livingstone (*Fair game inequality and affirmative action*) denies that affirmative action in favour of minorities in the United States amounts to discrimination against the majority. He says:

> "The charge of reverse discrimination rests on the implicit premise that whites are denied access to advantages to which they are entitled, and which they would have achieved, had not preference been given to minorities. This assumption appears to make obvious sense – until one stops to think about it."

The author's premise is that if there had been no discrimination against minorities in the first place, members of the minorities would have done just as well as members of the majority. Thus, if as a result of affirmative action members of the majority lose their places at universities in favour of members of minorities, the former are not victims of discrimination. This is so, opines Livingstone, since, had there been a fair race from the outset, those now losing their places would have lost them in any case.

In the United States affirmative action favours minorities. In South Africa the position is, of course, entirely different. This is so because discrimination has in the past operated to a greater or lesser degree to the disadvantage of members of groups who, at present, constitute some 84% of the population. Affirmative action would therefore discriminate reversely against members of a group which is very much a minority group.

It is hardly necessary to say that reverse discrimination against a majority is something quite different from such discrimination against a minority. In many cases the disadvantages suffered by the minority will bear little proportion to the benefits obtained by the majority. To illustrate: let us assume that the draft bill of rights becomes law and that a future legislature adopts a tax law providing that Whites must pay 70% of their taxable income to the fiscus, but that the tax rate for Non-whites is to be only 20%. Such a measure would no doubt severely prejudice Whites but because of their numbers the corresponding indirect benefits to Non-whites derived from the additional funds that can be allocated to their upliftment, will be relatively insignificant. I use this extreme example merely to illustrate how reverse discrimination can seriously affect a minority, and do not suggest that the envisaged tax law will be valid having regard to requirements of article 2 to which I will return.

According to one of the respondents who have commented on the draft bill of rights, some form of affirmative action in favour of a majority is provided for in Malaysia. It is said that sweeping preferential and quota systems have been introduced for Malays who constitute some 64% of the population of that country. (The Chinese comprise approximately 36%.) It is then pointed out that when the programmes began, the average Chinese earned double the income of the average Malay, and that after a decade of punitive action against the Chinese they still earned twice the income of the Malays. The respondent concludes by stating that since affirmative action is a cause and not a cure, the more affirmative action there is, the greater is the perceived need for even more such action.

So far I have sketched various points of view on affirmative action. They offer some conception of the difficulties underlying, and the problematic nature of, legislation making provision for reverse discrimination. I am afraid that I cannot offer you a clear-cut solution, if indeed there is one, or for that matter any solution at all. It would indeed be wrong for me to attempt to do so at a stage when a vast number of comments on the draft bill of rights is still to be considered by the law commission. I can, however, make a few general comments.

First of all, there is no gainsaying that if regard is had only to abstract legal principles, a bill of rights should ideally not contain a provision empowering affirmative action. I say so because such provision will, in theory at least, offend against the cherished concept of equality before the law. On the other hand, it is equally clear that discriminatory measures which have applied in this country for many decades have left a majority of Non-whites in a position in which some form of realistic reverse discrimination in their favour is called for. Furthermore, I doubt very much whether a bill of rights making no provision for affirmative action will be acceptable to those who have suffered from past discrimination against them. It is also not difficult to think of some forms of affirmative action which will be relatively innocuous even from the point of view of the White minority; so, for instance, a legislative agricultural scheme subsidising black farmers who, at present, may not own agricultural land in areas constituting some 80% of pastoral land in South Africa.

Secondly, it should be stressed that the proviso to article 2 of the draft bill of rights does not give *carte blanche* to a legislature to adopt any form of affirmative action, no matter how irrational it is or no matter how harshly it operates against previously favoured groups. The key phrase in the proviso is that affirmative action must be *reasonably necessary* for the improvement of disadvantaged persons or groups. It follows that if legislative provision for affirmative action is challenged, the court will have to decide whether, having regard to all relevant factors, the legislature has indeed adopted a reasonably necessary measure.

Thirdly, the proviso stipulates that affirmative action may be introduced only on a temporary basis. Perhaps the word "temporary" in the context of article 2 is too vague, and it may be preferable to provide for a so-called sunset date for affirmative action, say ten or fifteen or twenty years after the inception of the bill of rights.

. . . [I]t has been my privilege to outline what are arguably the most polemic provisions of the draft bill of rights. If anyone can offer an alternative approach, please forward your views to the South African Law Commission. It is not yet too late to consider such proposals and comments as you might wish to make.

HJO VAN HEERDEN

Judge of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa; Chairman of the South African Law Commission

ENKELE ASPEKTE VAN DIE STATUTÊRE BEHEER OOR DIE MINIMUM LEDETAL VAN 'N MAATSKAPPY

'n Aantal aspekte van die statutêre beheer oor ledetal in die Suid-Afrikaanse ondernemingsreg word in 'n tweetal aantekeninge onder die loep geneem. In hierdie aantekening word die vereiste rakende die *minimum ledetal van 'n publieke maatskappy* ondersoek. In 'n volgende aantekening sal gefokus word op die beheer oor die *maksimum ledetal van 'n beslote korporasie.* Deur middel van hierdie aantekeninge word gepoog om 'n bydrae te lewer tot die debat oor die regverdiging vir en effektiwiteit van sodanige beheermaatreëls in die ondernemingsreg.

1 Inleiding

Die ledetal van 'n ondernemingsvorm het 'n belangrike rol in die ontwikkeling van die Engelse en die Suid-Afrikaanse ondernemingsreg gespeel. Een van die belangrikste redes vir die daarstelling van die ingelyfde maatskappy was die prosesregtelike dilemma wat deur die omvangryke ledetal van die ongeïnkorporeerde maatskappy geskep is:

> Prosesregtelik is vereis dat al die lede van 'n ongeïnkorporeerde maatskappy as eisers gevoeg moes word as die maatskappy 'n eis wou instel. Wanneer die maatskappy gedagvaar is, moes al die lede ook as verweerders gedagvaar word. 'n Ongeïnkorporeerde maatskappy met 'n groot en wisselende ledetal kon gevolglik met moeite as prosesparty optree. Doelmatigheid het dus die toekenning van regspersoonlikheid aan hierdie ondernemingsvorm genoodsaak (Cilliers *A critical enquiry into the origin, development and meaning of the concept "limited liability" in company law* (LLD-proefskrif Unisa 1963) (Cilliers) 61 73–74; Gower, Cronin, Easson en Lord Wedderburne of Charlton *Gower's principles of modern company law* (1979) (Gower) 35; Pennington *Company law* (1985) (Pennington) 8–9); Schmitthoff *Palmer's company law* vol 1 (1987) 8–9; Cooke *Corporation, trust and company* (1950) 79; Hunt *The development of the business corporation in England* (1963) 13; Horrwitz "Historical development of company law" 1946 *LQR* 375).

Nadat die maatskappy statutêr as ondernemingsvorm erken is, was die ledetal van 'n ondernemingsvorm ook een van die maatstawwe waarvolgens 'n maatskappy van 'n vennootskap onderskei is. In die eerste moderne Engelse maatskappywet, die Joint Stock Companies Act van 1844, is 'n maatskappy gedefinieer

as 'n vennootskap òf met kapitaal wat verdeel is in vrylik-oordraagbare aandele òf met meer as vyf en twintig lede (a 2 van die Joint Stock Companies Act 1844).

Hierdie histories-belangrike rol van die ledetal van die maatskappy het veroorsaak dat die minimum ledetal van 'n publieke maatskappy vandag steeds drastiese statutêre beskerming in die Suid-Afrikaanse reg geniet. Volgens bepalings van beide die Engelse en die Suid-Afrikaanse maatskappywette (a 24 van die Companies Act 1985 en a 66 van die Maatskappywet 61 van 1973 (die Maatskappywet), kan die oorblywende lede persoonlik vir die skulde van die maatskappy aanspreeklik gehou word, indien die ledetal van sekere maatskappye (sien par 3 1 hieronder) benede die statutêre minimum daal. Verder word so 'n maatskappy ook blootgestel aan likwidasie (a 23 van die Insolvency Act 1986; a 344(d) van die Maatskappywet).

2 Historiese ontwikkeling

Die Joint Stock Companies Act van 1844 het die minimum ledetal van 'n ingelyfde maatskappy op vyf en twintig vasgestel. Cilliers (103 vn 1) wys daarop dat verskeie minimum ledetalle aanbeveel was, onder andere tien en vyftien, en dat die uiteindelike keuse van vyf en twintig arbitrêr was. Die maksimum ledetal van ongeregistreerde vennootskappe wat banke was en van die werking van hierdie wet vrygestel was, is aanvanklik deur die Joint Stock Banks Act van 1844 op ses vasgestel en later verhoog na tien (Gower 42).

In 1856 het die Joint Stock Companies Act die minimum ledetal van 'n maatskappy van vyf en twintig na sewe verlaag (a 2 van die Joint Stock Companies Act 1856). Ook hierdie keuse was arbitrêr. In die parlementêre debat wat die promulgering van hierdie wet voorafgegaan het, is byvoorbeeld 'n minimum ledetal van vyf ook geopper (*Hansard's parliamentary debates: third series* 1856 vol 142 (*Hansard*) kol 643). 'n Waardevolle bespreking van hierdie debat word in Cilliers 169–171 weergegee.

Tesame met die verlaging van die minimum ledetal, is 'n kragtige beskerming daaraan verleen. Indien 'n maatskappy se ledetal vir 'n tydperk van ses maande benede sewe sou daal, het die oorblywende lede onbeperk aanspreeklik geword vir al die skulde van die maatskappy (a 39) en kon die maatskappy gelikwideer word (a 67).

Aanvanklik sou die lede onmiddellik aanspreeklik word indien die ledetal van die maatskappy onder sewe daal. Tydens die parlementêre bespreking van hierdie bepaling is op moontlike onbillikhede gewys. Die oorblywende lede van 'n klein maatskappy met sewe lede sou byvoorbeeld deur die dood van een lid onmiddellik hulle beskerming teen aanspreeklikheid verloor. Deur 'n amendament is voorsiening gemaak vir die grasietydperk van ses maande (*Hansard* kol 643–644).

Uit die parlementêre debat blyk dat die minimum ledetal van die maatskappy beskerm is om 'n enkele persoon te verhoed om die voorreg van regspersoonlikheid te benut. Die strengste finansiële sanksie is aangegryp om hierdie "misbruik" van regspersoonlikheid te verhoed.

Lowe, die vise-president van die Board of Trade, het byvoorbeeld verklaar:

> "When the partnership was very small the Acts of Parliament were apt to become ambiguous and it was of importance to distinguish between what a man was doing in his

> corporate and in his individual capacity. It was considered necessary, therefore, to stop somewhere to avoid that difficulty" (*Hansard* kol 642).

Collier, wat ook aan die debat deelgeneem het, het die volgende mening uitgespreek:

> "If it were not for this clause, a company consisting of seven shareholders might be formed one day, and one of such shareholders buy up the shares of the other six the next day. The intentions of the Bill would thus be frustrated."

In 1862 is die artikel gewysig deur die byvoeging van die vereiste dat die lid daadwerklik kennis moes gedra het dat die maatskappy reeds vir ses maande met minder as sewe lede besigheid dryf (a 48 van die Companies Act 1862). In 1908 is die belangrike vergunning gemaak dat 'n private maatskappy net twee lede hoef te hê (Companies Consolidation Act 1908). Hierdie vergunning is deur die Companies Act van 1980 ook na publieke maatskappye uitgebrei (a 2(1) van die Companies Act 1980 nagevolg deur a 24 van die Companies Act 1985).

3 Die Suid-Afrikaanse reg

Met die Kaapse Companies Act 25 van 1892 (a 106) het hierdie bepaling deel van die Suid-Afrikaanse reg geword.

Tans is dit soos volg as artikel 66 in die Maatskappywet verwoord:

> "Indien 'n publieke maatskappy, met uitsondering van 'n volfiliaal, vir meer as ses maande besigheid dryf terwyl hy minder as sewe lede het, is elke persoon wat 'n lid van die maatskappy is gedurende die tydperk waartydens die maatskappy aldus besigheid dryf na daardie ses maande, en wat weet dat die maatskappy aldus besigheid dryf, aanspreeklik vir die betaling van al die skulde van die maatskappy gedurende daardie tydperk aangegaan, en kan hy daarvoor gedagvaar word sonder dat 'n ander lid in die aksie gevoeg word."

Die noue ooreenstemming tussen die bepalings van hierdie artikel en die bewoording van artikel 31 van die Companies Act van 1948 is opvallend. Die Engelse uitleg van artikels wat feitlik woordeliks uit die Engelse maatskappyereg in die Suid-Afrikaanse reg oorgeneem is, geniet oortuigingskrag in die Suid-Afrikaanse reg (Cilliers en Benade *Maatskappyereg* (1982) (Cilliers en Benade) 20; Oosthuizen (red) *Suid-Afrikaanse handelsreg* vol 2 (1988) 306; Coaker en Zeffertt *Wille and Millin's mercantile law of South Africa* (1984) 810; *Roodepoort United Main Reef GM Co Ltd v Du Toit* 1928 AD 66 71–72). Daarom is dit belangrik om by die uitleg van hierdie bepaling ook te let op die kommentaar wat in die Engelse reg ten opsigte van die uitleg daarvan gelewer is.

3 1 Die uitleg van artikel 66

Om aanspreeklikheid kragtens artikel 66 te vermy, moet 'n Suid-Afrikaanse publieke maatskappy minstens sewe lede hê. Wanneer hy minder as sewe lede het, kan 'n hof die maatskappy kragtens artikel 344(d) van die Maatskappywet likwideer. Indien die maatskappy vir langer as ses maande met minder as sewe lede besigheid dryf, kan die lede wat bewus is dat die maatskappy aldus handel dryf, aanspreeklik gehou word vir die skulde wat die maatskappy gedurende daardie tydperk aangegaan het.

As lede van die maatskappy word geag alle persone wat die maatskappy se akte van oprigting onderteken het, persone wat onderneem het om 'n lid van die maatskappy te word en wie se name in die lederegister opgeteken is, en persone wie se name *nomine officii* in die lederegister ingeskryf is (a 103 van

die Maatskappywet). Die inskrywing in die lederegister is egter nie deurslaggewend om lidmaatskap te bepaal nie. Indien 'n afdwingbare kontrak gesluit is en die nodige inskrywing ontbreek, kan die lederegister ingevolge artikel 115 van die Maatskappywet gerektifiseer word. Die eksekuteurs van afgestorwe lede se boedels word nie outomaties lede van die maatskappy nie (*Re Bowling and Welby's contract* 1895 1 Ch 663). Die naam van 'n eksekuteur, administrateur, voog, likwidateur of kurator van 'n lid wat oorlede, gesekwestreer of handelingsonbevoeg is, kan egter deur die maatskappy in sy lederegister ingeskryf word indien so 'n persoon 'n bewys van sy aanstelling lewer. So 'n persoon word dan, vir doeleindes van die Maatskappywet, geag 'n lid van die maatskappy te wees (a 103(3) van die Maatskappywet).

Die aanwendingsgebied van die sanksie is redelik beperk. Slegs persone wat na die verstryking van die tydperk van ses maande lede van die maatskappy is en wat besef dat die maatskappy sonder die nodige minimum ledetal besigheid dryf, kan aanspreeklik gehou word. Alleen die lede en nie die beamptes of die direkteure van die maatskappy nie, kan ingevolge die artikel aangespreek word. Hulle aanspreeklikheid word ook beperk tot daardie skulde wat tydens hulle lidmaatskapsperiode deur die maatskappy opgeloop is.

In twee belangrike opsigte wyk hierdie artikel van die Engelse reg tot 1980 af. Die Suid-Afrikaanse artikel het slegs betrekking op publieke maatskappye terwyl sy eweknie in die Companies Act ook private maatskappye beheer. Artikel 32 van die Maatskappywet vereis 'n minimum van twee lede vir die oprigting van 'n private maatskappy, tensy dit 'n private maatskappy met 'n enkele lid gaan wees (Cilliers en Benade 43). Daar word egter algemeen in die praktyk aanvaar dat 'n eenmanmaatskappy sy ledetal mag uitbrei, asook dat 'n meerledige private maatskappy sy ledetal na een mag verminder aangesien die Maatskappywet dit nie verbied nie (Naudé "Henochsberg on the Companies Act" 1976 *THRHR* 95; Cilliers en Benade 44 vn 4).

Dit is dus onbelangrik as so 'n maatskappy net een lid het. Indien die ledetal daarvan tot een sou daal, word dit in die Suid-Afrikaanse reg bloot as 'n "private maatskappy met 'n enkele lid" ingevolge artikel 32 van die Maatskappywet behandel (Cilliers en Benade 44 vn 4; Naudé 1976 *THRHR* 95). Eenmanmaatskappye word egter nog nie in die Engelse reg erken nie (Report of the Company Law Committee (1962) Cmnd 1749 (Jenkins-komitee) 6; a 24 van die Companies Act 1985); daarom word die ledetal van 'n Engelse private maatskappy steeds so streng gereël.

Verder verskil die Suid-Afrikaanse van die Engelse reg deurdat 'n publieke maatskappy wat 'n volfiliaal is van die werking van hierdie artikel uitgesluit is. 'n Volfiliaal is kragtens artikel 1(5) van die Maatskappywet 'n filiaal wat nie ander lede as die houermaatskappy en sy volfiliale (en sy of hulle genomineerdes) het nie. Kragtens die Companies Act van 1948 moes 'n publieke maatskappy wat 'n volfiliaal was, ook sewe lede hê (a 31 van die Companies Act 1948).

In artikel 66 van die Maatskappywet word 'n publieke volfiliaal egter gemagtig om minder as sewe lede te hê. So 'n maatskappy kan egter, nieteenstaande hierdie vergunning, denkbaar steeds blootgestel wees aan likwidasie ingevolge artikel 344(d) van die Maatskappywet (Cilliers en Benade 41 vn 17). Die oënskynlike teenstrydigheid spruit uit 'n versuim om die bewoording van artikel 344(d) aan te pas by artikel 66 van die Maatskappywet, aangesien eersgenoemde sonder

uitsondering 'n publieke maatskappy waarvan die ledetal benede sewe daal aan likwidasie deur die hof blootstel.

3 1 1 Die begrip "skulde"

Die aanspreeklikheid kragtens artikel 66 word beperk tot die "skulde" wat deur die maatskappy *aangegaan* is.

Die appèlhof het hom al soos volg oor die betekenis van die begrip "skulde" uitgelaat:

> "[T]he ordinary meaning of debt is a firm obligation to pay, whether now or later. A conditional liability is not a debt – it might become a debt, but it might also not" (*Joint Liquidators of Glen Anil v Hill Samuel* 1982 1 SA 103 (A) 111E).

"Skulde" kan egter ook 'n wyer betekenis dra:

> "[A] debt is that which is owed or due; anything [as money, goods or services] which one person is under obligation to pay or render to another" (*idem* 110A–B).

(Sien ook *Electricity Supply Commission v Stewarts and Lloyds of SA (Pty) Ltd* 1981 3 SA 340 (A) 344F; *Oertel v Direkteur van Plaaslike Bestuur* 1983 1 SA 354 (A) 370B–C.)

Met betrekking tot die gelykluidende passasie in die Companies Act van 1948 – "debts of the company *contracted* during that time" (a 31) – het beide Gower (114) en Pennington (53–54) die moontlikheid genoem dat die aanspreeklikheid waarskynlik beperk is tot die kontraktuele skulde wat die maatskappy opgeloop het. Die Engelse teks van artikel 66 van die Maatskappywet volg die bewoording van artikel 31 van die Companies Act van 1948 na. Hierdie artikel het voorts 'n verswarende aard en behoort dus beperkend uitgelê te word (Steyn *Die uitleg van wette* (1981) 103). Gesien teen hierdie agtergrond sal die aanspreeklikheid van die lede dus beperk wees tot die kontraktuele skulde van die maatskappy.

3 1 2 Hoofdelike aanspreeklikheid

Artikel 66 stel die lede gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik vir die betaling van daardie skulde wat die maatskappy opgeloop het nadat daar reeds ses maande besigheid gedryf is terwyl die maatskappy minder as sewe lede gehad het. Die skuldeiser beskik dus oor die keuse om die skuldbedrag te verhaal van die maatskappy, van die maatskappy en sy lede, van die lede gesamentlik of net van een van die lede (Joubert *General principles of the law of contract* (1987) 312; De Wet en Van Wyk *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* (1978) 117; Lawson, Macleod en Rogers "Contracts" 9 *Halsbury's laws of England* (1974) 423; Schmitthoff *Palmer's company law* vol 1 (1976) 115).

Volgens Pennington 54 kan 'n lid na betaling skadeloosstelling van die maatskappy eis. Hy grond sy standpunt op 'n verhaalsreg wat die Engelse howe uit billikheid aan 'n persoon toeken wanneer hy verplig word om 'n skuld te betaal wat in der waarheid die verantwoordelikheid van 'n ander is (*Brook's Wharf and Bull Wharf Ltd v Goodman Bros* 1936 3 All ER 696). Dit kan egter betwyfel word of 'n lid totale skadeloosstelling kan eis waar sy aanspreeklikheid juis 'n sanksie is wat hom tref.

'n Skuldenaar wat deur 'n derde gedwing is om meer as sy *pro rata*-aandeel in die skuld te betaal, beskik ook nie noodwendig oor 'n verhaalsreg teen die ander lede nie. Artikel 66 stel die lede van die maatskappy gesamentlik en

afsonderlik aanspreeklik teenoor 'n skuldeiser van die maatskappy. Die hoofdelike skuldverhouding behels egter net 'n skuldverhouding tussen die skuldenaars en die skuldeiser en dui dus nie meteen op 'n verhouding tussen die skuldenare onderling nie (Huber *Heedendaegse regsgeleertheyt* (1768) soos vertaal deur Gane *The jurisprudence of my time* (1939) 3 25 17; Lee *An introduction to Roman law* (1946) 289; Voet *Commentarius ad Pandectas* (1829) soos vertaal deur Gane *The selective Voet, being the commentary on the Pandects* (1957) 45 2 7).

Dit sal wel vir die aanspreeklikes moontlik wees om kontraktueel 'n onderlinge verhaalsreg te skep. Aangesien dit nie 'n misdryf vir 'n maatskappy is om met minder as sewe lede besigheid te dryf nie (Boyle en Birds *Boyle and Birds' company law* 427), sal so 'n kontrak nie ongeoorloof wees nie. Indien daar nie so 'n kontrak gesluit word nie, kan die lid wat aangespreek word, poog om sessie van aksie van die skuldeiser te verkry om sodoende 'n *pro rata*-gedeelte van elk van sy mede-skuldenare te verhaal (De Wet en Van Wyk 225–233; Nienaber "Cession" 2 *LAWSA* (Nienaber); Scott *Sessie in die Suid-Afrikaanse reg* (LLD-proefskrif Unisa 1977) (Scott). Die lid kan egter nie die skuldeiser dwing om die aksie aan hom te sedeer nie (Nienaber 215; Scott 287–292).

4 Die bestaansreg van die bepaling

Persoonlike aanspreeklikheid is een van die strengste sanksies waarmee verpligtinge in die ondernemingsreg afgedwing kan word. Daarom is dit opvallend hoe min die behoud van hierdie teoreties-drastiese beskerming van die minimum ledetal in beide die Engelse en die Suid-Afrikaanse reg bevraagteken is.

4 1 Die ontwikkeling van die maatskappyereg

Toe hierdie bepaling die eerste keer op die Engelse wetboek verskyn het, was die doel daarvan om enkelinge te verhoed om van die voorreg van regspersoonlikheid gebruik te maak (sien par 2 hierbo). Die ledetal was oorspronklik 'n belangrike element aan die hand waarvan 'n regspersoon onderskei en 'n maatskappy en die maatskappyhandelinge gedefinieer is (*ibid*). Daarom is arbitrêr op 'n vereiste minimum ledetal besluit (*ibid*) en is hierdie ledetal drasties beskerm.

Sedertdien het die maatskappyereg egter veel verder ontwikkel. Veral die erkenning van eenmanmaatskappye in 1897 in *Salomon v Salomon & Co Ltd* 1897 AC 22 het 'n belangrike rol gespeel in die herdefiniëring van 'n maatskappy ooreenkomstig sy selfstandige regspersoonlikheid. Die klem val dus nie meer op die omvang van die ledetal nie. Die maatskappystruktuur verg wel dat 'n maatskappy minstens een lid moet hê om 'n algemene vergadering te kan vorm. Die noodsaak om 'n groter minimum ledetal met so 'n ingrypende sanksie te beskerm, het egter lank reeds verval.

4 2 Die Departmental Committee on Joint Stock Companies

Ten opsigte van die ledetal van sewe het die Britse Departmental Committee on Joint Stock Companies reeds in 1895 tot die volgende slotsom gekom:

> "There is no magic it has been said in the number of seven, and it must be admitted that to require that number of shareholders to maintain a company, does not secure seven substantial or real shareholders. But your Committee are not disposed to disturb the present practice in the registration of companies . . ." (*British Parliamentary Papers* 1895 C 7779 LXXVIII soos aangehaal deur Cilliers 172 vn 3).

Hoewel die oneffektiwiteit van die artikel dus erken is, het die komitee verkies om die bestaande praktyk te behou.

4 3 Die Van Wyk de Vries-kommissie

In hulle ondersoek van die Suid-Afrikaanse maatskappyereg het die Van Wyk de Vries-kommissie ook getuienis oor die moontlike wysiging van hierdie artikel aangehoor. Die kommissie kom tot die bevinding dat die keuse van die getal sewe moontlik arbitrêr was (Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45/70 (Van Wyk de Vries-kommissie) 24). (Desnieteenstaande besluit die kommissie om geen aanbeveling in hierdie verband te maak nie:

> "Wat betref die vereiste van sewe ondertekenaars vir die akte van oprigting en die statute, is die kommissie van mening dat daar in die praktyk geen werklike ongerief bestaan nie en dat die tradisionele minimum net sowel behoue kan bly" (Van Wyk de Vries-kommissie 24).

Weer eens het die behoud van die bestaande praktyk voorkeur geniet en is daar nie prinsipiële vrae oor die regverdigbaarheid van die beskerming van die minimum ledetal gevra nie.

4 3 1 Die praktyk

Beide kommissies het besluit om die bestaande praktyk te behou. Die bestaande praktyk behels egter grootliks 'n afwatering van hierdie bepaling.

Suzman het in sy voorbehoud tot die verslag van die Van Wyk de Vries-kommissie uitgewys dat die publiek geen groter beskerming geniet waar vereis word dat 'n publieke maatskappy minstens sewe lede moet hê, as waar vereis sou word dat so 'n maatskappy twee lede of selfs een lid moet hê nie:

> "Byna deurgaans onderteken die ondertekenaars van die akte vir slegs een aandeel en in [die] meeste gevalle is die ondertekenaars klerke of tiksters in die kantoor van die prokureur wat die maatskappy oprig of is hulle junior amptenare van die voorgenome maatskappy" (Suzman "Voorbehoude" tot Van Wyk de Vries-kommissie (Suzman) 176).

Die Van Wyk de Vries-kommissie 151 het egter verkies om nie direk hierop kommentaar te lewer nie.

Hierdie besluit van die kommissie is des te meer opvallend teen die agtergrond van sy aanbeveling omtrent die minimum ledetal van 'n private maatskappy, aangesien aanbeveel is dat 'n ledetal van een voldoende vir so 'n maatskappy moet wees (Van Wyk de Vries-kommissie 136).

4 3 2 Die ledetal van 'n Suid-Afrikaanse private maatskappy

Na aanleiding van die aanbeveling van die Van Wyk de Vries-kommissie is die vereiste minimum ledetal van 'n Suid-Afrikaanse private maatskappy na een verlaag.

In 'n versigtig-bewoorde motivering het die kommissie daarop gewys dat hy kennis geneem het van die betoog dat die klem in die definiëring van die begrip "maatskappy" van 'n vereniging van persone na die daarstelling van 'n aparte regspersoon verskuif het (Van Wyk de Vries-kommissie 136). Die kommissie het verder kennis geneem van die feit dat eenmanmaatskappye in ander regsisteme erken word en dat baie maatskappye in Suid-Afrika ook in effek eenmanmaatskappye was; sy aanbeveling word as 'n blote erkenning van die werklike posisie beskou (Van Wyk de Vries-kommissie 136).

Wanneer hierdie motivering ontleed word, kan tereg gevra word waarom die kommissie die ledetal van sewe vir publieke maatskappye behou het. Indien die klem na die daarstelling van die aparte regspersoon verskuif het, behoort die klem op die aparte regspersoon en nie op sy aantal lede nie geplaas te word. Verder word nie net private nie maar ook publieke eenmanmaatskappye in ander regsisteme erken (Suzman 177). Suzman het ook op die praktyk in Suid-Afrika ten opsigte van die ondertekening van 'n akte van oprigting gewys. Die erkenning van publieke eenmanmaatskappye sou dus eweneens 'n erkenning van die werklike posisie gewees het.

Waar 'n ledetal van een voldoende geag word vir 'n Suid-Afrikaanse private maatskappy, is daar dus geen praktiese rede om 'n hoër ledetal vir 'n publieke maatskappy te vereis nie.

Die vryelike oordrag van aandele en die reg om kapitaal by die publiek te werf, vorm die primêre onderskeid tussen 'n private en 'n publieke maatskappy. Die ledetal speel nie hier 'n substansiële rol nie. Die beginsels onderliggend aan die onderskeid tussen private en publieke maatskappye word in elk geval bevraagteken (Lessing "A critical evaluation of the distinction between private and public companies" 1983 *Moderne Besigheidsreg* 20); die onderskeid sal waarskynlik sover prakties doenlik in die huidige omstandighede en binne die afsienbare toekoms uitgefaseer word. Daar bestaan dus weinig rede waarom 'n hoër minimum ledetal vir 'n publieke maatskappy vereis en drasties afgedwing moet word.

4 4 Effektiwiteit van die artikel

'n Evaluering van die effektiwiteit van die bepaling word bemoeilik deur die afwesigheid van regspraak. Geen uitspraak kon in die Engelse en Suid-Afrikaanse reg gevind word waar die bepaling in sy meer as 130-jarige bestaan toegepas is nie.

Die gebrek aan regspraak dui nie noodwendig op oneffektiwiteit van die artikel nie. Die drastiese sanksie kan byvoorbeeld so 'n effektiewe afskrikmiddel wees dat daar eenvoudig nie oortredings plaasvind nie. Die waarskynlikheid hiervan is egter skraal. Wat meer kommerwekkend is, is dat skynbare nakoming van die bepaling op groot skaal geskied. Die nodige handtekeninge en lede word wel verkry, maar in die meeste gevalle is hierdie "lede" bloot buitestaanders wat goedgunstig die maatskappy se akte onderteken of net een aandeel in die maatskappy opneem.

Hierdie skynbare nakoming van die bepaling is nie bevorderlik vir die effektiwiteit van die korporatiewe reg nie. Indien 'n bepaling van belang is, moet daar oor die daadwerklike nakoming daarvan gewaak word. Indien die bepaling egter onbelangrik is, moet dit gewysig of geskrap word. Om 'n bepaling te behou omdat almal 'n gerieflike manier gevind het om lippediens daaraan te bewys, bevorder net die kultuur van verontagsaming van die bepalings van die korporatiewe reg.

5 Gevolgtrekking

In die lig van hierdie feite word tot die slotsom gekom dat daar geen regverdiging vir die behoud van òf die ledetal van sewe òf die onderskeid in die minimum ledetal van 'n publieke en 'n private maatskappy is nie. Die enigste rede waarom

die bepaling nog op die wetboek behou word, is nie omdat dit enige doelstelling van die korporatiewe reg verwesenlik nie, maar bloot omdat dit niemand verontrief nie. Nieteenstaande die feit dat Cilliers die prinsipiële onhoudbaarheid van die bepaling en Suzman die praktiese irrelevansie van die artikel lank reeds uitgewys het, geld dit steeds.

In 1985 het die Vaste Advieskomitee oor Maatskappyereg deur hulle persverklaring "Die toekomstige ontwikkeling van die maatskappyereg" (1985-02-08) die aandag weer eens gevestig op die afskaffing van die onderskeid tussen private en publieke maatskappye. Die Vaste Advieskomitee het die afskaffing van hierdie onderskeid as hulle belangrikste prioriteit naas die daarstelling van 'n oornamepaneel geïdentifiseer. In 1989 het die Vaste Advieskomitee hulle verbintenis tot hierdie doelstelling herbevestig in hulle verklaring "Die toekomstige ontwikkeling van die maatskappyereg" (1989-06-15). Teen hierdie agtergrond word die volgende aanbevelings gemaak:

(a) Die minimum ledetal van die publieke en die private maatskappy moet tot een verlaag word.

(b) Aangesien die ledetal sy sentrale rol in die maatskappyereg verloor het, kan dit nie langer aanspraak maak op so 'n drastiese beskermingsmeganisme nie. Die gebruik van hoofdelike aanspreeklikheid om die nakoming van hierdie voorskrif af te dwing, is dus onbillik.

Dit behoort voldoende te wees indien 'n maatskappy aan likwidasie deur die hof blootgestel word wanneer sy ledetal verval. Die likwidasiebevoegdheid van die hof soos verleen deur artikel 344 van die Maatskappywet moet dus behou en aangepas word.

(c) Dit wil voorkom of 'n wetswysiging duidelikheidshalwe benodig word omdat die moontlikheid bestaan dat die vergunning van die wetgewer aan 'n publieke maatskappy wat 'n volfiliaal is, denkbaar deur die bepalings van artikel 344(d) ongedaan gemaak kan word. Hoewel artikel 66 aan so 'n volfiliaal die reg gee om minder as sewe lede te hê, kan artikel 344(d) hom op die oog af steeds blootstel aan likwidasie waar hy minder as sewe lede het. Hierdie vergunning behoort dus ook erkenning in artikel 344 te verkry om enige onsekerheid in dié verband uit te skakel.

L DE KOKER
JJ HENNING
Sentrum vir Ondernemingsreg
Universiteit van die Oranje-Vrystaat

REGISTRASIEVEREISTES MET BETREKKING TOT TRUSTGROND : NOG 'N NUWE REGISTRASIEWYSE?

1 Registrasievereistes

Ingevolge die regulasies betreffende grondbesit in dorpe (Prok R29 van 1988; *SK* 11166 1988-03-09) en die regulasies vir die vervreemding van trustgrond in dorpe (Prok R402 van 1988; *SK* 11166 1988-03-09) word grondbriefregte, eiendomsreg en huurpag ten opsigte van opgemete grondstukke van die Suid-Afrikaanse Ontwikkelingstrust (SAOT) in swart dorpe of informele gebiede op verskillende wyses geregistreer. In die geval van eiendomsreg vind die registrasie

in 'n toepaslike *akteskantoor* plaas, terwyl grondbriefregte en huurpag in 'n *registrasiekantoor* geregistreer word (reg 1(1) Prok R29 van 1988 en reg 4(2) Prok R402 van 1988). Informele gebiede is gebiede wat geleë is buite goedgekeurde dorpe wat kragtens regulasie deur die Minister van Onderwys en Ontwikkelingshulp aangewys is (reg 7 Prok R29 van 1988). Hierdie maatreëls is nie op die nasionale state van toepassing nie.

Grondbriefregte ten opsigte van opgemete SAOT-persele word in die registrasiekantoor te Letlhabile geregistreer en hou die volgende in (reg 4 Prok R29 van 1988): Okkupasie van die grondstuk; oprigting van geboue; registrasie van 'n verband teen die grondbriefreg; vervreemding van grondbriefregte; verhuring van grondbriefregte; onderverdeling van die grondstuk; en beswaring van die grondbriefregte of die grondstuk met 'n verband.

Die grondbriefregte kan ingevolge regulasie 6 (Prok R29 van 1988) in eiendomsreg omskep word na die opening van 'n dorpsregister in die akteskantoor in ooreenstemming met die voorskrifte van artikel 46 van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937. Die vorm van grondbriewe en sertifikate van geregistreerde huurpag wat deur die SAOT aan die onderskeie reghebbendes verleen word, word voorgeskryf in aanhangsels B en C van Proklamasie R402 van 1988.

Huurpag van SAOT-persele word ingevolge regulasies 9 en 10 (Prok R29 van 1988) op dieselfde wyse verleen en oorgedra as grondbriefregte. Dit hou in dat huurpag ingevolge die voorskrifte van Proklamasie R29 van 1988 op 'n ander wyse in die registrasiekantoor te Soshanguve geregistreer word as wat huurpag van grondstukke wat nie die SAOT in eiendomsreg toeval nie, ingevolge die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 en die huurpagregulasies (Prok R1898 van 1986; *SK* 10431 1986-09-12) in akteskantore geregistreer word. Dit is gevolglik belangrik om te let op die onderskeid tussen die verskillende wyses van registrasie van huurpag.

2 Registrasie in registrasiekantore

Registrasiekantore dui ingevolge regulasie 3(2) van die Registrasiekantoorregulasies (Prok R30 van 1988; *SK* 11166 1988-03-09) op alle registrasiekantore wat ingevolge regulasie 1 van hoofstuk 9 van Proklamasie R293 van 1962 ingestel is. Ingevolge Proklamasie R30 van 1988 en die regulasies vir die registrasie van aktes in dorpe (Prok R403 van 1988; *SK* 11166 1988-03-09) word 'n eiesoortige registrasieprosedure en -dokumente voorgeskryf met betrekking tot registrasiekantore. Alhoewel die pligte (reg 5 Prok R30 van 1988) en bevoegdhede (reg 6 Prok R30 van 1988) van registrasiebeamptes grootliks ooreenstem met die voorskrifte van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937, is verskeie van die registrasieprosedures vereenvoudig:

(a) Alle oordragte van bestaande regte op onroerende goed vervat in 'n geregistreerde grondbrief of sertifikaat van huurpag vind by wyse van *endossement* plaas (reg 5(1) Prok R403 van 1988). Die voordele verbonde aan sodanige registrasiewyse word hieronder vollediger bespreek.

(b) Regulasie 6 (Prok R403 van 1988) bevat voorskrifte in verband met die omskepping van grondbriefregte in eiendomsreg. So 'n omskepping kan slegs geskied nadat 'n register ten opsigte van 'n algemene plan in 'n akteskantoor geopen is ingevolge die voorskrifte van artikel 46(1) van die Registrasie van

Aktes Wet 47 van 1937. Die registrasiebeampte in die registrasiekantoor endosseer die bestaande sertifikaat nadat 'n aansoek om omskepping in die voorgeskrewe vorm tesame met die voorgeskrewe dokumente en toestemmings by hom ingedien is en hy vasgestel het dat 'n register ingevolge artikel 46(1) wel geopen is (reg 6(3)). Die inskrywing in die register van die registrasiekantoor word eers gekanselleer nadat die registrasiebeampte vasgestel het dat 'n titelakte deur die akteskantoor uitgereik is ingevolge waarvan eiendomsreg ten gunste van die reghebbende geregistreer is (reg 6(4)).

(c) Regulasie 17 bepaal dat enige akte wat vir registrasie by die registrasiekantoor ingedien word, deur die reghebbende persoonlik of sy gevolmagtigde agent (wat nie 'n prokureur of aktevervaardiger hoef te wees nie) ingedien kan word. Dit is veel goedkoper as die bestaande prosedure by akteskantore.

(d) By die oordrag van regte word geen transportakte ingedien nie, maar die endossement van oordrag word op die bestaande titelakte aangebring na indiening van 'n eenvoudige aansoek en toestemming tot oordrag (reg 5 en aanhangsel C; Prok R403 van 1988).

(e) Die registrasiedokumente word in eenvoudige en verstaanbare taal opgestel. Voorbeelde hiervan is die grondbrief (aanhangsel A; Prok R403 van 1988); sertifikaat van reg van huurpag (aanhangsel B); toestemming tot oordrag (aanhangsel C); verklaring om status te bewys (aanhangsel D); verbandakte (aanhangsel F); en sertifikaat van gekonsolideerde grondbriefregte/regte van huurpag (aanhangsel I).

3 Registrasie in die akteskantore

3 1 Agtergrond met betrekking tot bestaande stelsel

Die bestaande akteskantoorprosedure is ingevolge die toepassing van die publisiteitsbeginsel, wat vereis dat registrasie van die ontstaan, oordrag en totnietgaan van saaklike regte op onroerende goed plaasvind, tans ingestel op die handhawing van akkuraatheid en betroubaarheid van die geregistreerde gegewens (Heyl *Grondregistrasie* (1977) 5–18; Jones *Conveyancing* (1985) 3–5). Weens die toepassing van die Ontwikkelingstrust en Grond Wet 18 van 1936, die Wet op Groepsgebiede 36 van 1966 en aanverwante wetgewing was registrasiehandelinge in die verskillende akteskantore hoofsaaklik tot 'n klein geselekteerde groep beperk. Dit was gevolglik moontlik om die registrasiestelsel sodanig toe te pas dat noukeurigheid en betroubaarheid van die geregistreerde gegewens deur verskeie omvattende kontrolemaatreëls verseker is.

Die registrasie van eiendomsreg en verbandhoudende saaklike regte ingevolge die Wet op Deeltitels 66 van 1971 en 95 van 1986, die Wet op die Beheer van Eiendomstydsdeling 75 van 1983 en huurpag en eiendomsreg ingevolge die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984, het egter meegebring dat nie net die omvang van registrasiehandelinge aanmerklik toegeneem het nie, maar dat eiesoortige registrasiewyses met betrekking tot hierdie registrasies toegepas word.

3 2 Twee registrasiestelsels

3 2 1 Aktesregistrasie

Daar word tans van twee verskillende registrasiestelsels in een akteskantoor gebruik gemaak. In die geval van registrasie van eiendomsreg en huurpag op grondstukke berus die oordrag van saaklike regte op die negatiewe aktesregistrasiestelsel (met sekere kenmerke van titelregistrasie). Die registrasie van huurpag en eiendomsreg in swart stedelike gebiede (uitgesonderd SAOT-grondstukke)

vind tans onderskeidelik ingevolge artikels 53 en 57A van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 plaas. In die geval van huurpag word 'n sertifikaat van geregistreerde huurpag uitgereik (a 53(2) en 53(3) Wet 4 van 1984; reg 13 Prok R1898 van 1986), terwyl in die geval van eiendomsreg 'n sertifikaat van geregistreerde titel uitgereik word (a 57A Wet 4 van 1984). Daarna vind alle oordragte deur middel van die registrasie van transportaktes plaas (a 54 Wet 4 van 1984).

Die sertifikaat van geregistreerde toekenning van huurpag moet aan die vereistes soos uiteengesit in vorm E tot die huurpagregulasies (Prok R1898 van 1986) voldoen, terwyl die transportakte aan die vereistes soos uiteengesit in vorm E tot die aktesregulasies (Prok R474 van 1963; *SK* 177 1963-03- 29) moet voldoen (vgl Memorandum van die Departement van Justisie van 1987-12-15 2–4; a 16A Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937). Die sertifikaat van geregistreerde huurpag verskil egter in verskeie opsigte van 'n grondbrief of 'n transportakte, sowel inhoudelik as met betrekking tot stawende dokumente (vgl bylae 1). Aangesien artikel 15A van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 nie op huurpagregistrasies van toepassing is nie, moet alle stawende dokumente ingedien word (Hoofregistrateursomsendbrief 2 (1987) 7; reg 14A Prok R1898 van 1986).

Artikel 52(5)(a) Wet 4 van 1984 maak voorsiening vir die registrasie van huurpag ten opsigte van onopgemete persele, mits die persele op die voorgeskrewe wyse geïdentifiseer is (Memorandum van die Departement van Gemeenskapsontwikkeling 1986-07-29 en reg 6 Prok R1898 van 1986). Die enigste plan of lugfoto wat vir akteskantoordoeleindes aanvaar sal word, is een wat deur 'n landmeter gesertifiseer is (Memorandum van die Departement van Gemeenskapsontwikkeling 1986-07-29; reg 6(2) Prok R1898 van 1986). In sodanige geval kan huurpag egter nie in eiendomsreg omskep word nie aangesien daar nie aan die vereistes van artikel 46(1) van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 voldoen is nie. Sodra dorpstigting egter ingevolge die voorskrifte van artikel 46 plaasgevind het, word die gesertifiseerde plan van 'n landmeter ten opsigte van die onopgemete perseel vervang deur 'n goedgekeurde landmeterskaart (algemene dorpsplan). Indien daar alreeds 'n sogenaamde kleinskaalkaart in die akteskantoor geliasseer is, moet die landmeter-generaal die algemene plan endosseer om aan te dui dat dit ooreenstem met die kleinskaalkaart en grondtitel wat alreeds in die akteskantoor geregistreer is (reg 13(3) Prok R1898 van 1986). Eers daarna kan die huurpag ingevolge die voorskrifte van artikel 57A van die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 in eiendomsreg omskep word.

Ingevolge regulasie 14A van die huurpagregulasies (Prok R1898 van 1986) word in die geval van huurpagregistrasies nie presies dieselfde stawende dokumente as in die geval van gewone grondregistrasies vereis nie. Voorts is artikel 15A van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 ook nie op huurpagregistrasies van toepassing nie. Dit bring mee dat 'n aktevervaardiger nie bepaalde gegewens in die geval van huurpagregistrasie kan sertifiseer nie, maar alle stawende dokumente moet indien (Hoofregistrateursomsendbrief 13 (1986) 5).

Die registrasie van eiendomsreg en huurpag kan weens die volgende faktore nie as 'n suiwer titelregistrasiestelsel bestempel word nie:

(a) Daar word, behoudens enkele uitsonderings, ten opsigte van elke opvolgende oordrag van eiendomsreg of huurpag op grondstukke 'n nuwe transportakte vereis en registrasie kan nie plaasvind sonder die opstel en indiening van sodanige akte nie (a 16 en 16A Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937). Heyl 54 verklaar uitdruklik dat die registrasie in die akte plaasvind. Daarteenoor word daar in die geval van registrasie van titel ingevolge die *Torrens*- en die Duitse *Grundbuch*-stelsel nie vereis dat daar by enige transaksie 'n akte opgestel word nie. Hiervolgens vind registrasie in 'n register plaas en word daar net 'n endossement op die sertifikaat van titel aangebring (Silberberg en Schoeman *The law of property* (1983) 101–104; Pienaar "A comparison between some aspects of South African deeds registration and the German registration system" 1986 *CILSA* 243–245; Lötz *Lewering van onroerende goed* (1987) 47 vn 197 50). 'n Soortgelyke prosedure word ook in die geval van deeltitelregistrasie in Suid-Afrika, wat ongetwyfeld as 'n aangepaste wyse van titelregistrasie in navolging van die *Torrens*-stelsel getipeer kan word, gevolg.

(b) Die Suid-Afrikaanse stelsel bevat talle voorbeelde van die oorgang van saaklike regte sonder dat die aktesrekords dienooreenkomstig aangepas word. Die bekendste voorbeelde hiervan is eiendomsoorgang deur middel van *accessio*, verjaring en die sluiting van 'n huwelik binne gemeenskap van goed (sien veral Jones 27; Lötz 31–35). Dit bring mee dat die Suid-Afrikaanse stelsel as negatief van aard bestempel moet word en dat die aktesrekords nie 'n absolute waarborg van die korrektheid van geregistreerde gegewens verskaf nie. 'n Negatiewe registrasiestelsel kan nooit as 'n suiwer titelregistrasiestelsel aangemerk word nie aangesien 'n titelregistrasiestelsel op die positiewe waarborg dat die registers korrek is, gebaseer is (Silberberg en Schoeman 109; Carey Miller *The acquisition and protection of ownership* (1986) 169).

(c) Die staat of akteskantoorpersoneel is nie aanspreeklik vir skade voortvloeiend uit foutiewe registrasiehandelinge nie, behalwe in geval van *mala fide*-optrede of waar die registrasiepersoneel nie met redelike ywer en sorg opgetree het nie (a 99 Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937). Dit is een van die kenmerke van 'n titelregistrasiestelsel dat die staat of registrasiepersoneel wel aanspreeklik kan wees vir enige foutief-geregistreerde gegewens (Silberberg en Schoeman 101–104; Carey Miller 177–180).

3 2 2 Titelregistrasie

By deeltitelregistrasie word wel van 'n aangepaste titelregistrasiestelsel gebruik gemaak. Die prosedure by deeltitelregistrasie berus op 'n oorname van die Australiese Strata Titles Act (die *Torrens*-stelsel), wat weer grotendeels met die Duitse Wohnungseigentumsgesetz ooreenstem. Laasgenoemde twee registrasiestelsels is voorbeelde van 'n positiewe titelregistrasiestelsel, terwyl die Suid-Afrikaanse deeltitelregistrasiestelsel negatief van aard is deurdat die registrasiepersoneel nie die korrektheid van die geregistreerde gegewens waarborg nie. Afwykings van die tradisionele registrasiestelsel in die geval van eiendomsreg op grondstukke blyk uit die volgende:

(a) Daar word by die oordrag van eiendomsreg op 'n deeltiteleenheid nie 'n nuwe akte opgestel en geregistreer nie, maar die oordrag word by wyse van 'n endossement op die bestaande sertifikaat van geregistreerde deeltitel aangedui en die deeltitelregister word dienooreenkomstig gewysig (a 15 Wet op Deeltitels

95 van 1986). Elke nuwe beperkte saaklike reg wat geregistreer word, moet egter in 'n akte wat geregistreer word, uiteengesit word (a 15(1)(d)).

(b) Die transportbesorger vervul 'n belangrike funksie met betrekking tot die verifiëring en sertifisering van tersaaklike besonderhede. 'n Sertifikaat in die voorgeskrewe vorm (deur die transportbesorger gesertifiseer) bevat wesenlike besonderhede insake die identiteit en regsbevoegdheid van die partye en die regsgeldigheid van die eiendomsoordrag (a 15(4)). Ingevolge artikel 15(10) en regulasie 40 kan die transportbesorger persoonlik aanspreeklik gestel word vir skade wat uit foutief-gesertifiseerde besonderhede voortvloei en moet hy alle stawende dokumente ten opsigte van gesertifiseerde gegewens vir 'n tydperk van ses jaar bewaar.

4 Probleme met die bestaande aktesregistrasiestelsel

4 1 Aktesdokumente

Alhoewel daar dikwels (verkeerdelik) aanvaar word dat 'n stelsel van titelregistrasie stadig, omslagtig en gevolglik tydrowend is (Heyl 40–45; Van der Merwe *Sakereg* (1989) 281), word die Suid-Afrikaanse aktesregistrasiestelsel, wat negatief van aard is, gekenmerk deur die herhaalde opstel en indiening van (somtyds lywige) aktesdokumente en langdurige ondersoeke deur aktesondersoekers van gegewens wat dikwels alreeds in die akteskantoor geregistreer is en onveranderd in 'n opvolgende akte opgeneem word. Dit geskied ongetwyfeld met die doel om die aktesregisters en geregistreerde dokumente so volledig en akkuraat moontlik te hou. Die vraag ontstaan egter of dit nodig is om hierdie formaliteite na te kom in gevalle waar daar weinig meer veranderinge in die akte voorkom as die name van die transportgewer en -nemer en kansellasie en registrasie van verbande. Voorts is dit 'n ope vraag of alle tradisionele registrasiegebruike wel nodig is ter bevordering van die akkuraatheid van die registers en dokumente (publisiteitsvereiste) en of sommige daarvan nie maar net uit gewoonte toegepas word nie en gevolglik deur nuwe tegnieke soos mikroverfilming en rekenarisering vervang kan word.

4 2 Oorvleueling van funksies

Daar word in die huidige registrasiestelsel nie genoegsaam gesteun op die kundigheid en integriteit van aktevervaardigers nie. Artikel 15A en regulasie 44A van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 maak wel voorsiening vir die verifiëring van bepaalde gegewens deur aktevervaardigers, maar dit kan meer uitgebreid toegepas word soos in die geval van deeltitelregistrasie, waar 'n aktevervaardiger die gegewens wat hy sertifiseer in 'n lêer bewaar en ten volle aanspreeklikheid vir die korrektheid daarvan aanvaar (a 11(3) en 15(4) Wet op Deeltitels 95 van 1986). Voorts is artikel 15A en regulasie 44A ook nie op die registrasie van huurpag van toepassing nie (Hoofregistrateursomsendbrief 13 (1986) 5).

Daar kan oorweging geskenk word aan die uitbreiding van hierdie sertifiseringskompetensie en die gepaardgaande aanspreeklikheid van aktevervaardigers. Dit bring mee dat volle verantwoordelikheid vir die korrektheid van bepaalde gegewens wat deur die aktevervaardiger ondersoek is, deur aktevervaardigers gedra word en dat sodanige gegewens nie weer deur die akteskantoorpersoneel ondersoek hoef te word nie.

4 3 Verskillende registrasiestelsels

Daar word tans van twee verskillende registrasiestelsels in die akteskantoor en 'n verdere afwykende stelsel in die registrasiekantoor gebruik gemaak. Hierdie verskillende registrasieprosedures stel besondere eise aan registrasiepersoneel en aktevervaardigers. Nie alleen moet hierdie persone ten volle op die hoogte wees van die vereistes wat ingevolge die verskillende registrasiestelsels gestel word nie, maar dit bring ook personeel- en kostestygings mee wat nie die geval sou wees indien daar 'n eenvormige registrasiestelsel ten opsigte van registrasie van eiendomsreg en huurpag op grondstukke en deeltitelregistrasie was nie.

4 4 Herregistrasie van geregistreerde gegewens

Weens die feit dat die aktesregistrasieprosedure vanweë historiese oorwegings hoofsaaklik toegespits is op die oordrag van grondstukke waarop geen dorpsontwikkelingskema tot stand gebring is nie (bv plase, hoewes en buitestedelike gebiede), word daar voorsiening gemaak vir 'n prosedure waar die geregistreerde gegewens gewoonlik by die oordrag van eiendomsreg ingrypend verander deur die voorbehoud van mineraalregte, *fideicommissa*, beperkende voorwaardes en serwitute. Hierdie tipe registrasies word egter selde in die geval van die oordrag van stedelike onroerende goed aangetref. Die dorpstigtingsvoorwaardes bly onveranderd in elke opvolgende akte en nuwe serwitute, hetsy saaklik of persoonlik, kom selde by oordragte van hierdie aard voor. Dit is onnodig dat daar 'n uitgebreide en tydrowende ondersoekprosedure gevolg moet word waar daar weinig veranderings tydens registrasie plaasvind en bestaande geregistreerde gegewens van een akte onveranderd na 'n daaropvolgende akte oorgedra word. Dit gee daartoe aanleiding dat die registrasieprosedure in alle gevalle omslagtig, tydrowend en duur is.

4 5 Registrasiekoste

Weens die hoë registrasiekoste van oordrag van saaklike regte is dit vir baie persone ontoeganklik. Tradisioneel was eiendomsreg en ander saaklike regte op onroerende goed vir die (hoofsaaklik) welvarende gedeelte van die Suid-Afrikaanse gemeenskap gereserveer. Tans is die beleid dat die voordele van eiendomsreg en ander saaklike regte vir 'n veel groter gedeelte van die bevolking toeganklik gemaak behoort te word. Die hoë registrasiekoste sal egter aandag moet geniet alvorens hierdie proses suksesvol ingestel kan word. Dit is duidelik dat die informeler registrasiestelsel wat in die registrasiekantore toegepas word, sowel tyd- as kostedoeltreffend is. In die geval van die registrasie van huurpag en eiendomsreg in swart stedelike gebiede word tans geen hereregte gehef nie. Myns insiens behoort hereregte in die algemeen drasties verlaag te word en op alle registrasies van toepassing gemaak te word.

5 Voordele van nuwe prosedure

Die registrasieprosedure soos ingestel deur Proklamasies R29 en R30 van 1988 hou die volgende voordele in:

5 1 Oordrag deur endossement

Die oordrag van saaklike regte by wyse van endossement op 'n bestaande transportakte of sertifikaat van titel hou verskeie voordele in. In die verlede is daar dikwels sterk beswaar gemaak teen eiendomsoordrag by wyse van endossement,

hoofsaaklik omdat daar gevrees is dat dit tot verwarrende aktes aanleiding sou gee (vgl bv Heyl 45–57 62). Die besware teen die verwarring wat endossemente moontlik kan skep, is egter net in die geval van plaasgrond wesenlik en dit is gewoonlik voorbeelde van serwitute en voorwaardes ten opsigte van plaasgrond wat gebruik word in argumente teen die gebruik van endossemente. In die geval van stedelike onroerende goed is die meeste voorwaardes reeds in die dorpstigtingsvoorwaardes vervat en is daar selde sprake van die voorwaardes en serwitute wat by plaasgrond voorkom. Dit bring mee dat stedelike grondstukke dikwels met onveranderde voorwaardes en serwitute akte na akte oorgedra word. By deeltitelregistrasie skep oordrag van saaklike regte by wyse van endossement nie noemenswaardige probleme nie.

Daar bestaan tans ingevolge die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 verskeie omstandighede waar eiendomsoorgang by wyse van endossement kan geskied (Heyl 127–128; Jones 91 285–293 324–326 349–351; Lötz 67–72). Volgens Lötz 81–85 is die hoofsaak by die oordrag van eiendomsreg op onroerende goed die feit dat registrasie van oordrag plaasvind, en nie of dit deur middel van 'n transportakte of by wyse van endossement geskied nie. Eiendomsoordrag by wyse van endossement hou die volgende voordele in:

(a) Artikel 16 van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 maak voorsiening dat eiendomsoordrag by wyse van endossement kan geskied.

(b) Die publisiteitsvereiste by die oorgang van eiendomsreg op onroerende goed word nie deur oordrag by wyse van endossement geraak nie aangesien die oordrag nog steeds geregistreer word.

(c) Die abstrakte wyse van eiendomsoorgang in die Suid-Afrikaanse reg word nie beïnvloed nie aangesien nòg 'n transportakte, nòg 'n endossement deel van die saaklike ooreenkoms uitmaak.

(d) Eiendomsoordrag by wyse van endossement bring nie mee dat 'n positiewe registrasiestelsel noodwendig ingestel hoef te word nie. By deeltitelregistrasie, waar oordrag by wyse van endossement plaasvind, word 'n negatiewe registrasiestelsel toegepas.

(e) Dit is nie noodsaaklik dat daar by eiendomsoorgang by wyse van endossement met 'n transportakte weggedoen hoef te word nie, maar daar hoef nie altyd 'n nuwe akte opgestel te word nie.

(f) Dit sal koste- en tydbesparing meebring sonder dat daar van die kontrolefunksies om akkuraatheid te bewerkstellig, afstand gedoen hoef te word.

Die grootste beswaar teen hierdie prosedure is dat dit tot verwarring en moeilik verstaanbare aktes aanleiding kan gee. Hierdie probleem kan egter oorkom word indien die vereiste gestel word dat alle endossemente ten opsigte van 'n bepaalde eienaar op 'n afsonderlike bladsy, wat aan die einde van die akte of sertifikaat geheg word, aangebring moet word. Dit sal meebring dat daar ten opsigte van elke opvolgende eienaar 'n spesifieke bladsy of bladsye is waarop alle endossemente wat met sy eiendomsreg en beperkings daarop verband hou, aangebring word. Voorts kan die diskresie aan die akteskantoorpersoneel gelaat word om aktes of sertifikate wat weens 'n opeenhoping van endossemente verwarrend of onverstaanbaar word, deur 'n nuwe akte te laat vervang. Die opstel en registrasie van 'n nuwe akte kan dan teen 'n verhoogde registrasiefooi geskied.

5 2 Vereenvoudigde dokumente

Die gebruik van vereenvoudigde dokumente hou die voordeel in dat aktes verstaanbaar is en dat die ondersoekprosedure minder omslagtig en tydrowend is. Dit hou vanselfsprekend koste-, tyd- en personeelvoordele in.

5 3 Aktevervaardigers

Indien die verantwoordelikhede van aktevervaardigers uitgebrei word (soos by deeltitelregistrasie), sal dit die oorvleueling van hulle funksies met dié van die registrasiepersoneel verminder of uitsluit en gevolglik koste- en tydbesparing meebring.

Vanselfsprekend sal die registrasie van eiendomsreg en huurpag in die akteskantore nie op dieselfde eenvoudige en informele prosedure wat in die registrasiekantore toegepas word, kan plaasvind nie. Die aard en omvang van die beperkte saaklike regte wat in eersgenoemde geval geregistreer word, bring mee dat 'n meer gesofistikeerde registrasiestelsel benodig word. Tog kan daar sonder nadeel weggedoen word met onnodig omslagtige prosedure en argaïese dokumentasie om sodoende die prosedure in die akteskantoor en registrasiekantore eenvormiger te maak. Indien registrasie deur endossement deurgaans toegepas word, sal dit al veel van bogenoemde struikelblokke uit die weg ruim.

GERRIT PIENAAR
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

DEKRIMINALISASIE VAN LASTER

1 Inleidend

Daar is seker weinig aspekte van die deliktereg waaroor juriste meer geskryf het as oor laster. Daar is verskeie werke waarin omvattend met die problematiek rondom laster gehandel word (sien Burchell *The law of defamation in South Africa* (1985); Ranchod *Foundations of the South African law of defamation* (1972); Neethling *Persoonlikheidsreg* (1985) 123–166; Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 389–445). Laster is in ons reg egter ook 'n misdaad. In hierdie kort aantekening word slegs aandag gegee aan die vraag of laster gestraf behoort te word. Aan die detailproblematiek van die elementologie en sistematiek van laster, as delik en as misdaad, word nie aandag gegee nie. Dit is, soos op gewys is, relatief omvattend in ander studies gedoen.

2 Beskermingswaardigheid van die menslike aansien (*fama*)

Neethling (123) omskryf laster sôos volg:

> "Laster is die opsetlike aantasting van 'n ander se reg op die goeie naam, of, breedvoeriger gestel, laster is die onregmatige, opsetlike publikasie van woorde of gedrag aangaande 'n ander wat die strekking het om sy aansien, goeie naam of reputasie te ondermyn."

(Sien ook Van der Merwe en Olivier 388; Hunt en Milton *South African criminal law and procedure* vol 2 (1982) 557; *R v Shaw and Fennell* (1884) 3 EDC 323 325–326.)

Die lasterdelik vervul verskeie funksies. Soos Ingber ("Defamation: a conflict between reason and decency" 1979 *Virginia LR* 791) verduidelik:

> "The specific tort of defamation promotes decency interests in several ways. First, an action for defamation allows the plaintiff to vindicate his reputation by setting the record straight in a public forum. Second, a successful defamation suit can act as a public rebuke and as an economic penalty for the publishers of defamatory statements. Anticipation of such suits presumably will deter individuals from making false statements that cause ridicule and loss of reputation. Third, a successful suit provides compensation for both the economic and personal loss caused by defamatory statements. The compensation is intended to reimburse the plaintiff for any injury to his 'deserved' reputation."

Daar bestaan geen twyfel onder juriste dat die menslike persoonlikheid beskermingswaardig is nie (sien Gallas "Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches" 1963 *ZStW* 16). Volgens Artz bevorder en koester die beskerming van die menslike eer individuele selfgelding ("Der strafrechtliche Ehrenschutz – Theorie und praktische Bedeutung" 1982 *Juristische Schulung* 718). Lenckner-Schönke-Schröder (*Strafgesetzbuch Kommentar* (1982) 1180) verklaar in dieselfde trant:

> "Schutzobjekt der Beleidigungstatbestände ist deshalb der sittliche, personale und soziale Geltungswert und daraus folgende Achtunganspruch . . ."

Volgens Skolnick lê die beskerming wat die lasterdelik bied in "the individual's projection of self in a society" ("Foreword: The sociological tort of defamation" 1986 *Cal LR* 677).

Die menslike behoefte aan aansien en agting van sy medemens ontspring myns insiens uit die natuur self: die menslike spesie kan slegs in groepsverband oorleef. In primêre sin blyk dié stelling uit die feit dat voortplanting van die menslike spesie twee mense – derhalwe 'n groep – naamlik 'n man en 'n vrou veronderstel. Groepsaanvaarding verhoog daarbenewens die mens se selfbeeld en dit dra weer by tot 'n hoër lewenskwaliteit aangesien dit die neiging het om angs en depressie te neutraliseer. Die finale effek van vernietiging van 'n mens se aansien by sy medemens is sosiale afsondering (ostrasisme) en dit is strydig met, soos hierbo genoem, die mens se groepsgeneigdheid wat ten diepste in die menslike oorlewingsdrang, dit wil sê sy natuur, gesetel is. Daar bestaan gevolglik geen twyfel dat die mens se aansien beskerm behoort te word nie. Die vraag wat in dié aantekening ondersoek word, is of die strafreg hierin 'n rol te speel het.

In hierdie stadium kan daarop gewys word dat die Suid-Afrikaanse reg, soos die Skotse reg maar anders as die Engelse reg, nie strafregtelik 'n onderskeid tussen skriftelike (en meer blywende) laster ("libel") en mondelinge laster ("slander") maak nie (sien *R v Reichman* 1933 SWA 102 104; Norrie "Hurts to character, honour and reputation: a reappraisal" 1984 *Juridical R* 164). Sodanige onderskeid is, in die lig van die bogaande motivering vir die beskermingswaardigheid van die menslike aansien, sonder werklike betekenis en derhalwe nie geregverdig nie.

3 Spraakvryheid en laster

Dit is duidelik dat daar 'n spanningsveld tussen die aansien van die individu en vryheid van spraak bestaan (sien Levin "Constitutional privilege to republish defamation" 1977 *Col LR* 1266; Wright "Defamation, privacy, and the public's

right to know: a national problem and a new approach" 1968 *Tex LR* 630). Vryheid van spraak bevorder kennis en waarheidsvinding en is derhalwe 'n belangrike bron van vooruitgang.

In Suid-Afrika is daar net een geval waar vryheid van spraak geheel en al bo die aansien van die individu staan. Artikel 2(1) van die Wet op die Bevoegdhede en Voorregte van die Parlement 91 van 1963 bepaal soos volg:

> "Daar is vryheid van spraak in debat of verrigtings in of voor die Parlement en 'n komitee, en dié vryheid kan nie in 'n hof of 'n plek buite die Parlement gewraak of in twyfel getrek word nie."

Daarenteen word byvoorbeeld regsprekers, anders as in Engeland en Skotland, nie deur 'n absolute privilegie teen laster beskerm nie (*May v Udwin* 1981 1 SA 1 (A); sien ook *Basner v Trigger* 1946 AD 83 105 soos geïnterpreteer deur Miller "Defamation by a judge? Fixing the limits" 1980 *Juridical R* 106).

'n Mens kan vra of die straf- en deliktereg nie vir alle mense op gelyke grondslag moet geld nie. Die feit dat sekere mense, naamlik parlementslede, bo strafregtelike laster verhewe is, is op sigself 'n argument vir die dekriminalisering daarvan. Strafreg wat onregverdig ongelyke behandeling tot gevolg het, is beter "van die wetboek af". Daar bestaan myns insiens geen rede om parlementslede in dié verband bo die strafreg te verhef nie.

4 Behoort slegs ernstige vorme van laster gestraf te word?

In *R v MacDonald* 1953 1 SA 107 (T) 109 is beslis dat laster in ons reg 'n misdaad is ongeag of dit van 'n ernstige aard is of nie. In die oorgrote meerderheid sake is egter beslis dat slegs ernstige vorme van laster strafbaar is (*R v Harrison and Dryburgh* 1922 AD 320 327; *R v Fuleza* 1951 1 SA 519 (A) 533; *R v Chipo* 1953 3 SA 602 (SR) 604; *R v Chikerama* 1959 1 SA 721 (FC) 722; *R v Joseph* 1960 1 SA 819 (SR) 820). Dié benadering vind ook ondersteuning by Suid-Afrikaanse skrywers (sien Hunt en Milton 561; Snyman *Strafreg* (1986) 503).

Volgens Van den Berg ("Is gravity really an element of crimen injuria and criminal defamation in our law?" 1988 *THRHR* 54) is die beperking van strafregtelike laster tot ernstige gevalle onnodig. Die stelreël *de minimis non curat lex* verhoed reeds dat nietighede gestraf word. 'n Voor-die-hand-liggende vraag wat in dié verband onmiddellik na vore kom, is: welke maatstaf word aangewend by die bepaling van wat ernstig is of nie? Geen riglyne is in die hofbeslissings daarvoor te vinde nie. Ook Burchell (331) verwerp die onderskeid tussen ernstige en nie-ernstige laster. Hy redeneer soos volg:

> "A serious defamation may also have a tendency to provoke a breach of the peace, but this is not necessarily so. It is submitted that if seriousness is an essential of criminal defamation it is a confusing element and one that is very difficult to implement. The requirement of a tendency to produce a breach of the peace is equally vague and difficult to implement. The gravity of the defamation and its tendency to provoke a breach of the peace are factors that can legitimately be taken into account in determining sentence and should not be elevated to the status of essentials for criminal liability."

5 Behoort laster slegs gestraf te word as dit tot 'n openbare vredebreuk aanleiding kan gee?

Daar is gemeneregskrywers wat laat blyk dat nie alle vorme van laster strafbaar is nie. Een van die vorme wat wel strafbaar is, is laster wat tot 'n openbare vredebreuk aanleiding kan gee (sien Van der Keessel *Theses selectae* Th 802;

Van der Linden *Regtsgeleerd, practicaal en koopmans handboek* 2 516; Gardiner "Is publication essential to an action for defamation?" 1987 *CLJ* 187). Dit was ook die posisie in die oud-Engelse reg. Hoofregter Lord Coleridge verduidelik (*R v Adams* 1888 22 QBD 66 69):

> "It appears to me that there is a very short and plain ground upon which this conviction can be sustained. It is a conviction upon an indictment the third count of which charges that the letter there set out is a defamatory libel tending to defame and bring into contempt the character of the person to whom it was sent. I am of opinion that the letter is of such a character as that it tended to provoke a breach of the peace. At all events, the sending of such a letter to the person to whom it was sent might, under the circumstances of her position and character, reasonably or probably tend to provoke a breach of the peace on her part, or on the part of those connected with her."

In die moderne Engelse reg word dié vereiste klaarblyklik nie meer gestel nie. Spencer ("Criminal libel – a skeleton in the cupboard?" 1977 *Crim LR* 465–466) argumenteer soos volg:

> "Undoubtedly the crime was created in order to counter threats to the peace, and this being its *rationale*, it might be argued that it is so limited. However, the crime seems to have evolved away from this limitation, if it ever existed. When the Star Chamber first decided that private libels were punishable, life was rougher than it is today, and physical violence was the socially acceptable response to any attack upon the honour of a man or of his family. Thus in those days, any libel necessarily involved a threat to the peace, and no more explicit proof of the likelihood of violence was needed than the libel itself. Violence gradually ceased to be the socially acceptable response to insult. When it had done so, lawyers appear to have remained under the influence of decisions dating from rougher days, and it never occurred to anyone to require explicit proof that the libel in question was in fact likely to provoke a breach of the peace. As a result, in modern times there have been very many convictions for defamatory libel where it appears to have been most unlikely that the libel could possibly have provoked a breach of the peace. It is therefore hardly surprising that in *Wicks* the Court of Criminal Appeal decided that a threat to the peace is *not* an essential element of the crime of defamatory libel."

(Sien ook Robertson "The Law Commission on criminal libel" 1983 *Public Law* 209, en daarteenoor Milton "Criminal injuria litteris or defamation: is there a distinction?" 1967 *SALJ* 416.) Dit is ook te betwyfel of hierdie vereiste hedendaags deel van die Suid-Afrikaanse reg vorm (vgl *R v MacDonald* hierbo 109; *R v Chikerama* hierbo 723; *R v Ginsberg* 1934 CPD 166 175).

In verskeie sake is beslis dat laster slegs strafbaar is indien die lasterlike woorde "were likely to have results that might detrimentally affect the interests of the State or the community" (*S v Marangarise* 1977 4 SA 237 (R) 239; *Dibden v R* 1967 1 PH H137 (RA); *S v S* 1964 3 SA 319 (T) 322; *R v Fuleza* hierbo 529). Wat die howe hiermee in gedagte het, is nie vir my duidelik nie. Verwys dit na 'n moontlike openbare vredebreuk?

Dit is 'n feit dat lasterlike optrede, asook belediginge in die algemeen, tot geweld aanleiding kan gee:

> "Het gevaar bestaat dat wanneer het uiten van beledigingen ongehinderd kan doorgaan mensen tot mishandeling komen, hetzij omdat bij de dader de laatste remmingen zijn weggevallen, hetzij omdat het getergde slachtoffer daartoe zijn toevlucht neemt."

(Van der Neut "Dient eenvoudige belediging strafbaar te blijven?" 1981 *Delikt en Delinkwent* 732 met verwysing na 'n *MvT*. Sien ook Kübler "Öffentlichkeit als Tribunal? Zum Konflikt zwischen Medienfreiheit und Ehrenschutz" 1984 *JZ* 544.) Mense voel egter hedendaags nie so maklik gekwets as vroeër nie (Van der Neut 733). Daarbenewens is daar baie optredes wat geweld kan ontlok wat nie strafbaar is nie. Waarom moet laster uitgesonder word? Optrede wat groepskonflikte kan veroorsaak, is reeds afsonderlik deur wetgewing strafbaar

gemaak (a 1 van die Tweede Algemene Regswysigingswet 94 van 1974; sien ook Labuschagne "Ras en rassisme: strafregtelike manifestasies" 1982 *THRHR* 54).

6 Dekriminalisasie van laster

In dié verband kan die volgende onderskei word:

6 1 Strafregtelike frekwensie

Sake waarin persone van strafregtelike laster aangekla word, kom selde voor die howe (sien *R v Houghton and Wright* 1881 2 EDC 35 36; *R v Japel* 1906 TS 108 111; Burchell 332). Dieselfde neiging bestaan in Engeland (Spencer 394). Tog kan nie gesê word dat die belastering van een persoon deur 'n ander 'n seldsame verskynsel is nie. In dié verband gaan ek akkoord met die volgende kommentaar op die Engelse regskommissie se voorstelle vir die wysiging van die inhoud van die misdaad laster ("criminal libel"):

> "What has to be asked is whether the public interest in protecting reputation is really so great that criminal sanctions are justified. If so, it is hard to understand why the old offence of criminal libel was so rarely used. The fact is that there are only limited sums available for the control of crime, and they are better directed to dealing with serious crimes against the person and property, and to the maintenance of law and order... Had an offence of criminal libel not already existed would the Law Commission really have proposed the invention of it?... The right solution is to scrap criminal sanctions for libel altogether."

(Redaksionele berig in *The Times* 1982-11-25 aangehaal deur Spencer "Criminal libel: the Law Commission's working paper" 1983 *Crim LR* 526.)

6 2 Dit beskerm hoofsaaklik persone wat 'n openbare amp beklee

Van der Linden sonder regeringsamptenare uit as persone teenoor wie laster gepleeg kan word (2 5 16). Dit was in 'n stadium in die Kaapprovinsie by die prokureur-generaal praktyk om nie die belastering van 'n gewone burger strafregtelik te vervolg nie (*Le Seuer v Geary* 1877 7 SC 115). In *R v Masoja and Mtelo* 1930 SR 167 177 verklaar regter Russell:

> "In a country like this, where so large a proportion of the population is illiterate, the principle of the Roman-Dutch Law which draws no distinction between verbal and written defamation appears to apply most fitly. On the whole I do not think that I am in a position to say that the law which regards verbal defamation as a crime has been abrogated by disuse. Especially that is the case in proceedings like these in which the person attacked is an official high in the service of the Government. There are signs that defamation of a person in authority is regarded as more obviously of a criminal nature than defamation of a private individual."

Om persone wat 'n openbare amp beklee meer geredelik met die lastermisdaad te beskerm, kan tot misbruik lei deurdat dit maklik gebruik kan word (of vertolk kan word as 'n meganisme) om opponente en kritici die swye op te lê en te "terroriseer". In die woorde van Koffler en Gershman ("The new seditious libel" 1984 *Cornell LR* 831):

> "Authoritarianism, public hysteria, political insecurity, diabolization of dissent, and an ideology of official infallibility – these historical accomplices of seditious libel have no place in a system embracing freedom of expression."

(Vgl ook Mayton "Seditious libel and the lost guarantee of a freedom of expression" 1984 *Columbia LR* 91.) Hierby aansluitend kan daarop gewys word dat die sosiologiese onderskeid tussen die gewone man op straat en die gesagsdraer in die lig van die opkoms en vestiging van die filosofieë van menslike outonomie

en gelykheid voor die reg besig is om te vervaag (sien Moons "Enige beschouwingen over artikel 117 van het wetboek van strafrecht" 1969 *TvS* 4).

6 3 Die deliksanksie is ondoeltreffend in geval van behoeftige mense

Die argument is al geopper dat die strafsanksie vir laster nodig is aangesien die deliksanksie oneffektief is teen persone wat nie die vermoë het om genoegdoening te betaal nie (Gardner "Is slander a crime in South Africa?" 1909 *SALJ* 534). Hierdie wyse van argumentering bots egter met die gelykheid-voor-die-reg-beginsel: dit sou beteken dat daar een stel regsreëls vir rykes en 'n ander vir armes bestaan (vgl Spencer 1977 *Crim LR* 471; Burchell 333). Hierdie argument kan gevolglik nie die elementêre eise van (sosiale) geregtigheid bevredig nie en moet derhalwe verwerp word.

6 4 Siviele gedingvoering is te duur

Soms word geargumenteer dat siviele gedingvoering baie duur is en dat, indien laster gedekriminaliseer sou word, dit 'n groot aantal gevalle van laster buite die trefkrag van 'n regsanksie sou plaas (vgl Robertson 211). Hierdie argument is by geleentheid tereg soos volg verwerp:

> "Another argument relied on by the Law Commission is that civil libel proceedings are expensive and difficult to mount (and legal aid is not available). The same is also true, however, of other types of civil proceedings. This is no reason for creating a criminal sanction on top of an existing liability. The civil remedy for libel, when invoked, is in fact effective: in addition to damages, an injunction is available to prevent repetition of the untrue statement, and breach of this is a contempt punishable by imprisonment."

(*The Times* 1982-11-25 aangehaal deur Spencer 1983 *Crim LR* 526.) Die toenemende getal howe vir klein eise kan in dié verband in die toekoms 'n belangrike rol speel (veral indien hul jurisdiksie uitgebrei word). Dit sal siviele gedingvoering ook binne die bereik van Jan en alleman plaas.

Die hof hoef ook nie noodwendig 'n genoegdoeningsbevel te maak nie. 'n Apologie in die openbaar is soms voldoende, soos die regsposisie in Japan is (Ouchi "Defamation and constitutional freedoms in Japan" 1962 *American Journal of Comparative Law* 73). Die opmerking is al gemaak dat die beginsels van ons gemenereg wat met die genoemde posisie in Japan sinchroniseer, moontlik nog deur ons howe toegepas kan word selfs al is dit in die verlede herhaaldelik oor die hoof gesien (Roeleveld "Regshistoriese opmerkings in verband met laster" 1981 *Acta Juridica* 163). Verpligte apologie is egter nie aanvaarbaar nie. Soos Ouchi (79) tereg argumenteer:

> "There are three parties to be considered in terms of compulsory apology: the complainant who alleges that the original defamatory statement was erroneous, the defendant, and the public. From the viewpoint of complainant, compulsory apology is more desirable as the remedy than payment of damages, if the defendant remains silent subsequently. On the other hand, it is both distasteful and dishonest for the defendant to print a retraction when he remains convinced that his original statement was correct. As regards the public, there exists the danger of being misled by the false confession. If the defendant's original statement was correct in spite of the court's finding, the situation would be deplorable. It would be better for the public if the defendant stood by his guns, and left them to judge for themselves after seeing a published protest by the defamed person. The approval of the court may not be a perfect guarantee that the published apology is altogether true."

(Vgl ook Frotscher "Ehrenschutz im öffentlichen Recht" 1978 *Juristische Schulung* 512.)

7 Konklusie

Die Engelse regskommissie het aanbeveel dat die huidige misdaad laster ("criminal libel") afgeskaf en vervang word deur twee meer beperkte misdade, naamlik (i) die doelbewuste publikasie van lasterlike stof wetende dat dit vals is; en (ii) die verspreiding van "poison-pen letters" (sien Spencer 1983 *Crim LR* 526).

Wysiging van die inhoud van die misdaad laster beïnvloed egter nie bogenoemde argumente ten gunste van die dekriminalisasie daarvan nie. In die lig van hierdie argumente word aan die hand gedoen dat laster as misdaad geskrap word (sien ook Burchell 332–334). Die deliksanksie kan die menslike aansien doeltreffend genoeg beskerm.

JMT LABUSCHAGNE
Universiteit van Pretoria

VERLORE REISIGERSTJEKS

Agtergrond

Reisigerstjeks is die eerste keer in 1891 deur die American Express Travel Agency uitgereik. Die gebruik daarvan het sedertdien steeds toegeneem en is nie noemenswaardig geraak deur die invoering en toenemende gebruik van kredietkaarte nie (Van Jaarsveld (red) *Suid-Afrikaanse handelsreg* (1988) vol 2 131). Die aantreklikheid van reisigerstjeks as betaalinstrumente is grotendeels geleë in die oogmerk van die uitreikers daarvan, naamlik om die risiko vir die houer in gevalle van diefstal of verlies te minimaliseer:

> "They offer the great advantage, compared with carrying foreign currency, that if they are lost or stolen before the traveller has countersigned them, he may claim a refund from the issuer, or replacements, with comparative ease" (Cowen *The law of negotiable instruments in South Africa* (1985) vol 1 295).

Tans is daar in Suid-Afrika geen wetgewing ten opsigte van die regsaspekte rakende reisigerstjeks, die vorm en inhoud of die standaardbedinge in die koopooreenkomste daarvan nie. Dit is daarom verstaanbaar dat daar aanmerklike verskille is in die formaat en bewoording van reisigerstjeks, asook in die kontraktuele bedinge wat in die ooreenkoms tussen die uitreiker en reisiger ("koopooreenkoms") vervat word (Cowen 297). Daar kan dus nie maklik oor die regsaard of -effek van reisigerstjeks veralgemeen word nie. Die bewoording van elke afsonderlike reisigerstjek en koopooreenkoms moet telkens noukeurig bestudeer word vir 'n evaluasie van die regsposisie.

Regsaard

Die regsaard van reisigerstjeks hou verband met die vorm en gebruik daarvan. Wat die formaat betref, kan onderskei word tussen reisigerstjeks wat 'n opdrag bevat en dié wat 'n betaalbelofte bevat. In albei gevalle kan die onderneming wees om aan 'n vermelde nemer, of aan self of order te betaal. 'n Derde kategorie, waar die opdrag op die voorkant van die reisigerstjek gebiedend is, maar wat

oënskynlik 'n belofte op die keersy bevat, kan ook onderskei word (Cowen 298–301). In ieder geval is die opdrag of belofte onderworpe aan die betaalvoorwaarde dat 'n teenhandtekening daarop aangebring word. Daar is egter ook reisigerstjeks waarin die opdrag of belofte nie voorwaardelik is nie.

Of reisigerstjeks ook wissels, promesses of tjeks is, moet vasgestel word deur interpretasie van die bewoording van die besondere reisigerstjek met verwysing na die Wisselwet 34 van 1964 (*S v Katsikaris* 1980 3 SA 580 (A) 593D–E). Reisigerstjeks van die Amexco-tipe is nie wissels, tjeks of promesses soos bedoel in die Wisselwet nie (*idem* 597E). Volgens appèlregter Trollip se uitleg bevat Amexco-reisigerstjeks 'n opdrag gerig deur die reisiger as trekker aan Amexco as betrokkene. Dié opdrag, wat reeds met die aanbring van die eerste handtekening geskied, is voorwaardelik. Betaling moet slegs geskied indien die teenhandtekening in die nemer se teenwoordigheid aangebring word en met die eerste handtekening ooreenstem (*idem* 594F–G; 595B–C; Visser "Travellers' cheques – legal nature" 1981 *THRHR* 333–334).

Daar is baie steun vir die standpunt dat reisigerstjeks ook verhandelbare dokumente is (ook in Suid-Afrika, kyk Van Jaarsveld 1 134). Appèlregter Trollip het hierdie aspek onbeslis gelaat in die *Katsikaris*-gewysde. Hy formuleer die toets om vas te stel of reisigerstjeks verhandelbare dokumente is, soos volg:

> "Whether or not they are true negotiable instruments may well depend upon acceptable evidence of mercantile usage or custom" (593B).

Cowen 306–307 bespreek vyf oorwegings wat bepalend is vir die beantwoording van hierdie vraag en kom dan tot dié gevolgtrekking (307):

> "Despite all these difficulties, it seems probable that acceptable evidence is available and may be adduced to the effect that some of the common forms of traveller's cheques have indeed become negotiable instruments by custom in South Africa – for example, the Amexco document. *But there is no room here for dogmatism*" (my kursivering).

Die risiko van diefstal of verlies

Reisigerstjeks, as driepartybetaalinstrumente, het ontstaan uit 'n behoefte aan betaalinstrumente wat dit vir reisigers onnodig maak om met groot bedrae kontant en die gepaardgaande risiko van diefstal of verlies belas te wees. Op sy eenvoudigste behels die stelsel die deelname van drie partye: (a) die bank of maatskappy wat die reisigerstjeks uitreik (uitreiker), (b) die persoon wat die reisigerstjeks koop vir oorsese gebruik (reisiger) en (c) die bank of firma oorsee wat die reisigerstjeks by aanbieding daarvan betaal (betaalbank). Die kern van die probleem is om die aanbieder van die reisigerstjek te identifiseer as die persoon aan wie die reisigerstjeks oorspronklik uitgereik is (Prime "Lost traveller's cheques" 1989 *The Law Society's Gazette* 14). As dié probleem nie bevredigend opgelos word nie, is die reisiger geensins veiliger as wat hy sou gewees het indien hy met kontant gereis het nie.

'n Eenvoudige oplossing vir die probleem was die invoering van die teenhandtekening. Die reisigerstjekvorm bevat spasies vir twee handtekeninge, die eerste waarvan in die teenwoordigheid van die verkoopspersoon aangebring moet word. Die spasie vir die tweede handtekening word oopgelaat totdat die reisiger die tjek vir betaling wil aanbied. Die tweede handtekening word dan in die nemer se teenwoordigheid aangebring. Laasgenoemde moet kontroleer dat die twee handtekeninge identies is, omdat die uitreiker (minstens in teorie) nie

die houer sal vergoed as dit nie die geval is nie. Op hierdie wyse word die risiko van diefstal in teorie uitgeskakel.

Na uitreiking is die reisigerstjeks in die reisiger se bewaring. Dit beteken nie dat die risiko vir verlies nou uitsluitlik op sy skouers rus nie. Met hierdie aspek word 'n mens voor een van die belangrikste probleme in verband met reisigerstjeks gestel (Cowen 309), naamlik die regsposisie van die reisiger teenoor die uitreiker in geval van diefstal of verlies van die tjeks. Die vertrekpunt vir die oplossing van die probleem is die koopooreenkoms tussen die reisiger en die uitreiker (*ibid*). Tweedens is die tydstip waarop die reisigerstjeks gesteel is, ewe belangrik, naamlik of 'n teenhandtekening al daarop aangebring was of nie.

Diefstal of verlies na aanbring van die teenhandtekening

In *Emerson v American Express Co* (1952) 90 Atl 2d 236 is 'n verhaalsreg aan die reisiger ontsê waar hy strydig met die koopooreenkoms onmiddellik na aankoop teenhandtekeninge op al sy reisigerstjeks aangebring het en die tjeks kort daarna verloor het. Die tjeks is gehonoreer toe dit deur derdes vir betaling aangebied is. Die hof het die reisigerstjeks as verhandelbare dokumente (soos bedoel in die *negotiable instruments law*) beskou, wat deur die aanbring van die teenhandtekening verhandelbaar geword het (Cowen 310; Prime 15; Van Jaarsveld 137). Hoewel die gronde vir die beslissing beslis gekritiseer kan word, is die resultaat korrek (Cowen 310; Prime 15). 'n Reisiger kan ook nie betaling van reisigerstjeks afgelas nadat 'n teenhandtekening daarop aangebring is nie (*Mellon National Bank v Citizens Bank and Trust Co* (1937) 88 F 2d 128; *Berry v US* (1959) 271 F 2d 775).

Diefstal of verlies voor aanbring van die teenhandtekening

Die belang van sorgvuldige analise van die spesifieke bepalings in die koopooreenkoms tussen die reisiger en uitreiker, blyk uit twee onlangse Engelse sake wat hieronder in oënskou geneem word:

(1) In *Elawadi v Bank of Credit and Commerce International SA* 1989 1 All ER 242 het die eiser Visa-reisigerstjeks ter waarde van £50 000 in £100-eenhede van die verweerder gekoop. In die koopooreenkoms was die volgende klousule:

> "The issuer and purchaser agree as follows: 1. Using the same signature used for signing this Purchase Agreement, the purchaser shall sign each cheque in permanent ink at the time of purchase and countersign each cheque in the presence of the person cashing the cheque. 2. The purchaser shall report immediately the loss or theft of any cheque to the local police and to the Visa Refund Referral service at the telephone and telex numbers indicated. 3. *Any claim for a refund of a lost or stolen cheque shall be subject to approval by the issuer* and to presentation to the issuer of the purchaser's copy of this Agreement" (246d–e; my kursivering).

Op die reisiger se kopie was die woorde "Safeguard cheques as cash". Die tjek het soos volg gelui:

> "Issuer pay this cheque to . . . or order in the above amount in accordance with terms on reverse" (246f).

Op die keersy van die reisigerstjek was die volgende bedinge:

> "When countersigned by the purchaser whose signature appears on the face in the presence of the person cashing, the issuer will pay in the United Kingdom one hundred pounds Sterling. Elsewhere at current rates of exchange. Valid in all countries unless otherwise endorsed" (246f–g).

'n Paar dae na aankoop is al die reisigerstjeks uit die eiser se motor gesteel. Hy eis die bedrag van £40 700, synde die restant van die £50 000 se reisigerstjeks wat gehonoreer was en wat die uitreiker geweier het om te vergoed; as alternatief eis hy dieselfde bedrag op grond van *conversion* of 'n eis vir *money had and received* (244a). Die eiser se hoofeis was daarop gegrond dat

> "it was an express or alternatively an implied term of the purchase agreement that should the cheques be stolen from or lost by him the bank would refund to him their full value" (243j–244a).

Die bank se verweer was onder meer dat, luidens die koopooreenkoms, daar hoegenaamd geen verpligting op hom was om die eiser te vergoed nie. As alternatief is namens die bank aangevoer dat indien daar 'n uitdruklike vergoedingsonderneming was of geïmpliseer kan word, daar ook in die koopooreenkoms 'n geïmpliseerde voorwaarde ingelees moet word, naamlik dat die reisiger effektiewe voorsorgmaatreëls moet tref teen die diefstal of verlies van die tjeks (244c–e). Regter Hutchinson se interpretasie van die woorde

> "[a]ny claim for a refund of a lost or stolen cheque shall be subject to approval by the issuer",

is dat daar wél 'n uitdruklike onderneming deur die uitreiker was om die reisiger te vergoed:

> "In my judgment a legitimate construction of these words is that they import an obligation (subject of course to what follows) to refund lost or stolen cheques. The issuer is recognising expressly an entitlement in the purchaser to have lost or stolen cheques refunded, and making a reservation cutting down the extent of that entitlement" (249b–c).

Selfs as nie uitdruklik kontraktueel beding is dat reisigers vir verlore of gesteelde reisigerstjeks vergoed sal word nie, moet so 'n beding volgens die regter noodsaaklikerwys geïmpliseer word. Hy baseer sy bevinding op die volgende gronde:

(a) Die oogmerk met die transaksie is sekuriteit anders kon die reisiger net sowel met kontant gereis het.

(b) Die uitreikende bank is deur die reisiger betaal vir die reisigerstjeks, wat hy onderneem het om te betaal mits die reisiger se teenhandtekening daarop is.

(c) Uitreikende banke dring sonder uitsondering aan op stiptelike kennisgewing van enige verlies, sodat die banke gewoonlik voordat 'n tjek vir betaling aangebied word, weet dat dit 'n vervalsing is (255e–f).

Regter Hutchinson se gevolgtrekking is die volgende:

> "It seems to me that, in these circumstances, it is necessary to imply an obligation of some sort on the part of the issuing banks to refund the value of lost or stolen cheques" (255f–g).

Met dié bevinding verwerp hy die *obiter dictum* van regter Schiemann in *Braithwaite v Thomas Cooke Traveller's Cheques Ltd* 1989 1 All ER 235 239c–d, naamlik:

> "Apart from the contract, the purchaser is not entitled to any refund of the face value of the traveller's cheques which he has lost or which have been stolen from him."

Die volgende vraag is of die geïmpliseerde beding onderworpe is aan 'n bykomende geïmpliseerde voorwaarde wat 'n sorgvuldigheidsplig op die reisiger plaas. In die *Elawadi*-gewysde was daar oorgenoeg bewyse van nalatigheid aan die kant van die eiser. Hy het die reisigerstjeks onbewaak in sy motor gelaat terwyl hy besigheidsbesoeke gedoen het, terwyl sy motor oornag onder 'n oop motorafdak langs sy huis geparkeer was en selfs toe dit naby sy besigheid in 'n besige straat geparkeer was (246h–247c). Nogtans beslis regter Hutchinson:

> "I can see no reason for qualifying that obligation by confining it to cases where the loss has occurred without negligence or without gross negligence or recklessness. Such deficiencies on the part of the traveller do not determine whether he or the issuer is out of pocket" (255g).

Hy is wel bereid om die verpligting te kwalifiseer met die voorwaarde dat die uitreiker 'n diskresie het om te weier om die reisiger te vergoed as alle kontraktuele verpligtinge nie nougeset deur die reisiger nagekom is nie (256c). Dit is blykbaar ook die regter se standpunt dat 'n onredelike lang versuim deur die reisiger om aàn die uitreiker kennis te gee van die diefstal of verlies van sy reisigerstjeks, 'n grond vir afwysing van sy eis kan wees (255f). In *Sullivan v Knauth* (1914) 142 NYS 307 het regter Lehman beslis dat die vereiste van stiptelike kennisgewing van verliese aan die bank ingevoer is om die banke teen onwettige eise te beskerm. Versuim deur die reisiger om hieraan te voldoen, bied geregverdigde gronde aan die bank waarop die reisiger se vergoedingseis afgewys kan word. Die beslissing is egter op ander gronde in appèl verwerp.

In die onderhawige saak slaag die eiser gevolglik met sy vergoedingseis.

(2) In *Braithwaite v Thomas Cooke Travellers Cheques Ltd* 1989 1 All ER 235 het die eiser by die verweerder reisigerstjeks ter waarde van £50 000 in £100- en £200-eenhede gekoop, dit binne 24 uur verloor en die waarde daarvan van die verweerder teruggeëis. Hy het reeds om 04:00 die betrokke dag opgestaan, na Jersey gevlieg waar hy die reisigerstjeks gekoop het, teruggevlieg, met die trein na King's Cross gereis waar hy saam met vriende gesellig verkeer het en daarna 'n trein huis toe gehaal. As gevolg van die lang ure wat hy wakker was en die gebruik van sterk drank op verskeie geleenthede gedurende die dag, het hy byna onmiddellik in die trein aan die slaap geraak. Die reisigerstjeks, wat in 'n bruin koevert saam met sigarette in 'n deursigtige plastieksak was, is uit sy hande gesteel. Hy het die verlies onmiddellik nadat hy dit ontdek het, by die plaaslike polisiestasie en die uitreiker aangemeld (237f–238b).

Die reisigerstjeks was onderworpe aan die volgende voorwaardes verkoop:

> "*Refund* The issuer will replace or refund the face value of any traveller's cheques which are lost or stolen from you, provided that (1) you have signed each (at the bottom) in permanent ink immediately upon receipt and you have not countersigned the cheques (at the top) (2) you notify the issuer within 24 hours of the loss or theft of any cheques, and the local police if requested, reporting the circumstances of such loss or theft in reasonable detail (3) when making your refund claim, you present the purchaser's copy of the Sales Advice and provide serial numbers of the missing cheques and the place and date of their purchase (4) you complete and sign the appropriate refund document and provide acceptable proof of your identity (5) you will cooperate in the investigation and any prosecution resulting from such loss or theft (6) you have not parted with the cheques voluntarily or in connection with a game of chance, a wager or an illegal transaction, nor given them to any party as collateral and *you have properly safeguarded each cheque against loss or theft* (7) the cheques have not been seized or confiscated by governmental action" (238c–e; my kursivering).

Die verweer teen die eis is hoofsaaklik dat die eiser nie voldoende voorsorgmaatreëls teen diefstal of verlies getref het nie. Die eiser het gepoog om die strekking en betekenis van dié voorwaarde te beperk deur te argumenteer dat:

(a) die bepaling net doelbewuste stappe ter beskerming van die reisigerstjeks beteken;

(b) die bepaling se oënskynlike beskerming van die koper 'n skynbeeld is omdat verlies altyd 'n mate van skuld aan die kant van die besitontneemde inhou; en

(c) die bepaling strydig met die oogmerk van die transaksie is, naamlik om 'n gerieflike vorm van versekering teen sy eie nalatigheid aan die reisiger te verskaf (240d–f).

Regter Schiemann wys daarop dat, hoewel na die koper se "duty" verwys word, daar nie eintlik van 'n regsplig sprake is nie. Dit handel oor 'n "condition precedent" (239c). Die uitreiker se primêre verpligting is om die aanbieder van die reisigerstjeks te betaal (239d). Slegs as 'n kousale band bewys word tussen die reisiger se versuim om die kontraktuele sorgvuldigheidsplig na te kom en die verlies van die reisigerstjeks, sal sy vergoedingseis afgewys word (239d–e). Nie elke verlies impliseer 'n versuim om die reisigerstjeks teen diefstal of verlies te beskerm nie:

> "Mere momentary inadvertence cannot disentitle the purchaser from a refund" (239f).

Omdat die koper oor die relevante feite beskik, rus die bewyslas op hom om te bewys dat:

(a) hy nie in sy kontraktuele onderneming te kort geskiet het nie; of

(b) dat daar geen kousale band tussen die verlies en die versuim van sy kontraktuele sorgvuldigheidsplig was nie (239h–i).

Volgens die regter is die korrekte benadering dat die eiser se optrede in die geheel oorweeg moet word om te beslis of hy die kontraktuele sorgvuldigheidsplig nagekom het. Hy bevind op die feite dat die eiser se verskillende handelinge in die geheel gesien, bygedra het tot die verlies en kousaal daarmee verbind was (240j–241c). Die verhaal van die waarde van die reisigerstjeks was onderworpe aan die kontraktuele verpligting dat hy effektiewe voorsorgmaatreëls teen die diefstal of verlies daarvan moes tref. Dié voorwaarde is nie nagekom nie. Sy kontraktuele eis word gevolglik afgewys.

Samevatting en slotopmerkings

Die volgende belangrike aspekte blyk uit die twee sake:

(a) Die woorde "subject to approval by issuer" (Cowen 309; *Elawadi*-gewysde) beteken dat die uitreiker wel onderneem om die reisiger in geval van diefstal of verlies te vergoed.

(b) Selfs as die woorde nie die betekenis soos genoem het nie, sal daar steeds in die ooreenkoms tussen die reisiger en die uitreiker 'n geïmpliseerde beding ingelees word, naamlik dat laasgenoemde die reisiger in geval van diefstal of verlies sal vergoed.

(c) Die beding om die reisiger te vergoed in geval van diefstal of verlies, hetsy dit 'n uitdruklike kontraktuele onderneming of 'n geïmpliseerde beding is, is in hierdie geval onderworpe aan die voorwaarde dat die reisiger sy kontraktuele verpligtinge nougeset nagekom het. Anders gestel, die uitreiker het 'n diskresie om vergoeding te weerhou as die reisiger versuim het om enige van die kontraksbedinge stiptelik uit te voer.

(d) Daar is nie 'n algemene geïmpliseerde beding dat die uitreiker die reg sal hê om vergoeding van die reisiger te weerhou op grond van sy nalatige of selfs roekelose optrede ten aansien van die bewaring van die reisigerstjeks nie.

(e) 'n Kontraktuele beding ingevolge waarvan die reisiger belas word met 'n verpligting om voorsorgmaatreëls te tref teen die diefstal of verlies van reisigerstjeks, sal sonder afwatering daarvan afgedwing word solank 'n kousale band tussen die eiser se handelinge en die diefstal of verlies bestaan.

(f) Wanneer beoordeel word of die reisiger aan sy kontraktuele sorgvuldigheidsplig voldoen het, moet sy optrede in die geheel, en nie broksgewys nie, oorweeg word.

In die twee sake is goeie oplossings gebied vir netelige probleme in die verhouding tussen die reisiger en die uitreiker. Die beginsels in hierdie twee sake kan ook met vrug in Suid-Afrika toegepas word.

JC BURGER
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

ENKELE OPMERKINGS OOR DIE CHRISTELIKE FUNDERING (EN VERWERPING) VAN MENSEREGTE*

1 Probleemstelling

In 1989 *THRHR* 386 verskyn onder die opskrif "Gedagtes oor die *nie-Christelike aard* van menseregte" 'n aangepaste weergawe van Potgieter se intreerede met (veelseggend genoeg) die titel: "Gedagtes oor die *Christelike grondslag* van menseregte" (my beklemtonings).

Die idee en praktyk van menseregte raak die wortel van ons menswees. Daarom word (soos duidelik uit die bydrae van Potgieter blyk) standpuntinnames oor menseregtekwessies selde deur louheid gekenmerk. Met menseregte in die kollig van politieke en konstitusionele transformasie in Suid-Afrika, is debatte oor die religieuse grondslae daarvan in elk geval hoogs ter sake. In hierdie besef maak ek enkele kritiese opmerkings oor wat ek as die kern van Potgieter se uiteensetting en uiteindelike stellingname beskou. Ek beperk my hoofsaaklik tot die reeds gemelde artikel, en verwys nie soseer na wat die skrywer in wyer verband in sy LLD-proefskrif, *Aspekte van die juridiese beskerming van die godsdiensgevoel* (Unisa 1987), oor die religieuse begronding van die reg skryf nie.

Vir my is die kernbeswaar teen Potgieter se uiteensetting dat hy sy bevindings in (regs-)wetenskaplike verband (in 'n professorale intreerede en in 'n vaktydskrifartikel) aanbied, sonder dat sy bydrae(s) daarvan blyke gee dat hy hom enigsins aan die analitiese en metodologiese spelreëls van wetenskaplike dissiplines wat regstreeks in die gedrang is (bv regsfilosofie, -geskiedenis en -sosiologie, teologie, filosofie, politikologie ens) steur. Om sterk standpunte te hê oor 'n saak en met ander daaroor te stry, soos oor motorkarre, rugby of partypolitiek, is een ding. Om dieselfde kwessie egter wetenskaplik gedissiplineerd te beredeneer, van alkante te bekyk en sonder skroom jou eie voorveronderstellings (en vooroordele) selfkrities te weeg voordat jy jou gevolgtrekkings vir verdere analise en diskussie op die tafel plaas, is totaal iets anders. Veral wanneer 'n regswetenskaplike wat ook 'n Christen is, die Bybel en Bybelse gegewens op die een of ander wyse by sy of haar beredenerings oor 'n aangeleentheid betrek (en

---

* Sien vir repliek op hierdie bydrae, Potgieter "Menseregte: verwyder die skyn van Christelikheid ('n Antwoord op professor LM du Plessis se kritiek)" 413–422 hieronder (redakteur).

let wel: ek sê nie dat dit nie gedoen mag word nie – inteendeel!), verwag 'n mens darem 'n mate van openheid daarvoor dat sekere metodologies- en kenteoretieskontekstuele voorvrae oor (kom ons noem dit maar) "Bybelgebruik in die (regs)-wetenskap" eers (hetsy uitdruklik, hetsy by noodwendige implikasie) beantwoord moet word. Hiervan kom by Potgieter, soos ek sal probeer aantoon, weinig tereg.

Hierdie tekortkoming

- wreek hom op die skrywer se eie (Skrif-)eksegetiese benadering en
- lei tot 'n onderwaardering en selfs algehele nivillering van die teoretiese konteks waarvan hy as regs*wetenskaplike* hom teoreties en analities rekenskap behoort te gee wanneer hy die menseregtekwessie wil beredeneer op die wetenskaplik geloofwaardige manier wat hy probeer voorgee dat hy dit doen.

Dit maak dat debat met die skrywer oor watter lig die Bybel en/of tersaaklike Christelike leerstellings op menseregte werp (of nie werp nie), onvermydelik op onverkwiklike "Is! is nie!"-argumente (wat eintlik maar louter "gevoelsargumente" is) moet strand.

Vervolgens meer oor hierdie tweeledige (kern-)tekortkoming in Potgieter se uiteensetting.

2 Eksegese en konteks

Die skrywer verwyt die Suid-Afrikaanse Regskommissie omdat hy, bloot met verwysing na die standpunt(e) van die meerderheid kerke en teoloë, aanvaar dat die menseregteleer Christelik is sonder om die begronding van hierdie leer "*self enigsins met verwysing na die Bybel te ondersoek*" (1989 *THRHR* 390). Verderaan beweer die skrywer dat daar 'n teenstrydigheid is in eensdeels "die kerk" se erkenning dat die menseregteleer gebore is uit 'n humanistiese filosofie en anderdeels die aanspraak dat dit nogtans Bybels is: "Menseregte kan nie twee moeders hê nie . . ." (393–394). Voorts bevraagteken hy die siening dat menseregte *onontbeerlik* is vir die verwesenliking van die Evangelie op aarde want, redeneer hy, indien dit die geval sou wees, "is dit onverklaarbaar waarom die Bybel geen melding van dié ideologie maak nie" (394).

Die oplossing wat die skrywer suggereer (en ook probeer implementeer), lyk op die oog af logies en onproblematies: stel self vas wat die Bybel oor menseregte sê (of nie sê nie) en besluit dan of die kerk en die meerderheid teoloë gelyk het. Natuurlik is dit nie heeltemal so onproblematies indien 'n mens op 'n wetenskaplik verantwoorde wyse wil probeer vasstel wat daar oor menseregte in die Bybel staan nie. Ten minste moet hy oor 'n toereikende hermeneutiese metode besin wat rekenskap gee van èn 'n (onmiddellike) eksegese-strategie èn die ruimer filosofiese en regswetenskaplike verstaanskonteks waaroor in paragraaf 3 hieronder meer gesê word. Albei hierdie komponente is onontbeerlik.

Potgieter gaan lees wel Bybeltekste aangevul met opmerkings uit Bybelkommentare maar gee hoegenaamd geen aandag aan die *ruimer* verstaanskonteks nie. Kom ons aanvaar, *bloot argumentshalwe*, dat die skrywer wel (ten minste by implikasie) op 'n eksegese-strategie besluit het en dat hierdie strategie in afsondering van die ruimer verstaanskonteks deur 'n buitestaander beoordeel kan word (wat, wil ek beklemtoon, in werklikheid nie moontlik is nie). Wat is die kwaliteit van hierdie geïsoleerde eksegese-strategie? Ek bepaal my slegs by

tekste wat die skrywer self as sleutels gebruik om die Bybelse fundering van menseregte af te wys.

Volgens Potgieter word die menseregteleer Christelik gefundeer in "die siening dat elke mens beelddraer van God is" (395). Hierteenoor, voer hy aan, is volgens die Bybel nie elke mens beelddraer van God nie. Jesus Christus is die volmaakte beeld van God en slegs veranderde, nuwe mense wat hulle sonde aflê en in hulle innerlike wese verander "dra weer die beeld van God". Die natuurlike (sondige) mens is beelddraer van die duiwel (396).

Vir sy stelling dat slegs nuwe mense beelddraers van God is, beroep Potgieter hom (indien nie uitdruklik nie dan tog wel by noodwendige implikasie) op agt verskillende Bybelgedeeltes wat die sondige mens tot verandering/vernuwing/bekering oproep (396 vn 66 67). In drie van hierdie gedeeltes (nl 2 Kor 3:18; Ef 4:24 en Kol 3:10) kom uitdruklike verwysings na die (nuwe) mens as beeld van God voor. Wat egter telkens beklemtoon word, is dat deur voortdurende vernuwing en bekering (of heiligmaking) die mens weer *al meer aan die beeld van God (die Skepper) gelyk word* en só sy of haar oorspronklike skeppingsdoel "beter" of meer volkome verwesenlik. Dit is egter baie duidelik dat selfs met 'n *ex contrariis*-redenasie nie uit een van hierdie Skrifgedeeltes afgelei kan word dat die sondige of "natuurlike" mens *hoegenaamd nie* (meer) die beeld van God vertoon of, om die skrywer se formule te gebruik, beelddraer van God is nie.

Vir sy siening dat daar in die natuurlike mens na die sondeval niks van die beeld van God oorgebly het nie, beroep Potgieter hom nie op die Bybel self nie maar op Calvyn se kommentaar op Genesis 1:26 (396 vn 62). Hierin word hy sterk ondersteun deur 'n ander vurige (Calvinistiese) teenstander van "Christelike menseregte", d'Assonville, wat daarop wys dat Calvyn in hierdie kommentaar nie minder nie as twee keer (!) daarop wys dat die beeld van God in die na- sondevalse mens *deleta est*, dit wil sê heeltemal uitgewis is (*Die Kerkblad* 1989-10-25 37). Waar Potgieter egter sonder meer aanvaar dat Calvyn die totale vernietiging van die beeld van God in die sondige mens predik, wys d'Assonville daarop dat volgens Calvyn daar (darem) *lineamenta* (vae, onduidelike buitelyne) van hierdie beeld by die mens (en na alle waarskynlikheid dus ook die natuurlike mens) oorgebly het.

Wat 'n mens egter opval, is dat Potgieter, wat moderne (veral gereformeerde) teoloë onbeskroomd kritiseer (soos wat dit sekerlik sy goeie reg is), 'n kommentaar van Calvyn so heeltemal onkrities hanteer en dit dan nog boonop nie behoorlik (of volledig) lees nie. Hierdie siening van Calvyn is inderdaad teologies en filosofies gesproke, problematies – net soos enige ander siening (insluitend dié van Potgieter) wat te kenne probeer gee dat die mens *beelddraer* van God is. Hierdie opvatting dra swaar aan 'n stuk filosofiese bagasie van 'n (heidens-)Stoïsynse oorsprong wat waarskynlik *via* die (Middeleeuse) leerstellings van partisipasie en *analogia entis* by Calvyn uitgekom het. Hiervolgens is sade (*rationes seminales*) van 'n goddelike wêreldorde (*lex aeterna*) in die menslike gees ingeplant en so het die mens bepaalde goddelike attribute (as "geskenke" of gawes) ontvang. Hierdie attribute word as beeld van God in die mens gesien, en so word die mens beeld*draer* van God.

In sy kommentaar op Romeine 2:14–15 is dit duidelik dat Calvyn hierdie Stoïsynse leerstuk (wat in die vroeë Christendom en Middeleeue gekersten is) aanhang. Deur dit te sê, wil ek nie 'n ketterjag na heidense elemente in Calvyn of enigiemand se teologie op tou probeer sit nie. Ek toon aanstons aan dat

Potgieter en d'Assonville veral in die menseregtekonteks hoegenaamd nie reg laat geskied aan Calvyn se beskouings nie en dat hulle klaarblyklik nie kennis geneem het van die veelseggende dialektiese momente in Calvyn se (politieke) antropologie nie. Wat vir die huidige egter wel ten oorvloede toe duidelik is, is dat Potgieter met sy beroep op Calvyn (as tipiese kind van sy tyd) glad nie "die Bybel self" so duidelik soos wat hy probeer voorgee aan die woord stel oor die mens as sogenaamde *beelddraer van God* en die lotgevalle van daardie beeldskap na die sondeval nie.

Die Bybel sê nooit dat die mens iets van die beeld van God (as 'n soort vonk van goddelikheid) *ontvang* het nie, maar eerder *na die beeld en gelykenis van God* geskep is (Gen 1:26–27). Hier is dus hoogstens sprake van 'n *analogie* (vgl oor die algemeen Stoker *Oorsprong en rigting I* 83–112) – 'n geskep wees volgens 'n bepaalde *model* of *voorbeeld* – en nie van 'n *identiteit* wat God en mens deel of 'n goddelike *geskenk of gawe* wat aan die mens gegee is wat op 'n gegewe moment kan "wegraak" nie.

Die model of voorbeeld bly ná en ten spyte van die sondeval voortbestaan en so ook die moontlikheid dat die gevalle mens deur vernuwing en bekering weer (en toenemend) daaraan kan beantwoord (of gelykvormig kan word) soos wat die Nuwe Testamentiese Skrifgedeeltes waarna verwys is, dit verduidelik. Om te suggereer dat die beeld van God as die model of voorbeeld of "plan" vir die menswees van sekere mense heeltemal verwoes of uitgewis is, is nie alleen om te sê dat die Skeppergod self deur die sondeval met magteloosheid geslaan is nie, maar ook om die almag van die Onderhouer-God en die Herskepper-God oor sy hele skepping (en in die geskiedenis) te loën.

Potgieter gaan in nog 'n opsig verder as die Bybel: hy verklaar die natuurlike, sondige mens tot beelddraer van die duiwel! Die tekste wat hy ter ondersteuning aanhaal (vgl 397 vn 72) sê wel dat die sondige mens sekere kenmerke van die duiwel vertoon maar nooit trek die Bybel met verwysing na die aard van (selfs) die (natuurlike) mens 'n analogie tussen beeldskap van God (by die nuwe mens) en "beeldskap" van die duiwel (by die ou mens) nie. Die rede hiervoor is duidelik: die vermoë om mense *na sy beeld te skep en te vernuwe* is, soos hierbo verduidelik, iets wat alleen die almagtige Skeppergod toekom. Hieraan kon nòg die sondeval nòg die duiwel self enige afbreuk doen. Om te suggereer dat mense beelddraers van die duiwel kan wees is, om van die "aap van God" (a la Luther), dit wil sê God se na-aper, 'n mededinger-skepper en -herskepper te maak!

Kortom, indien dit is soos wat Potgieter beweer dat die Christelike fundering van menseregte op 'n erkenning van die beeldskap van God *by alle mense* berus, dan is die argumente wat hy aanvoer om te probeer aantoon dat die beeld van God by sondige mense totaal afwesig is (en dat sondige mense dus nie menseregte kan hê nie) op "suiwer" Bybeleksegetiese gronde alleen heeltemal onoortuigend. Dit is egter, soos reeds gesuggereer is en ook uit kritiek hierbo geblyk het, onmoontlik om "louter eksegetiese" kwessies konteksloos te beoordeel. Indien 'n mens wil verstaan wat die Bybel oor die mens as beeld van God sê, moet jy bepaalde teologiese kwessies verreken – kwessies waaroor die skrywer heel onbesorg (of is dit onkundig?) heenskeer. Hieroor aanstons, in paragraaf 3 hieronder, meer.

Net nog dit: indien die sondeval die feit dat die mens na die beeld van God geskep is heeltemal ongedaan maak (soos Potgieter redeneer), móét dit tot gevolg

hê dat (ten minste) die natuurlike mens tot niksheid en dus tot totale waardeloosheid gereduseer word. Dit is wat die skrywer inderdaad te kenne gee wanneer hy die inherente waardigheid van die mens loën. As dit egter waar is van die (natuurlike) mens, moet dit ook waar wees van die (natuurlike) skepping (buite die mens) wat as gevolg van die mens se sonde vervloek (Gen 3:17) en in die greep van verganklikheid vasgevang is (Rom 8:19–23). Gevolglik is (ingevolge Potgieter se logika) eerbied vir die skepping (as God se eens volmaakte – en baie goeie (Hebreeus: *tôb*) – handewerk) en pleidooie vir (byvoorbeeld) omgewingsbewaring ook onbybels.

Die Bybel self werk egter nie met sulke absolutes soos die skrywer wanneer dit oor die doemwaardigheid van mens en skepping gaan nie. God het immers (soos Joh 3:16 dit stel) *die wêreld* "so liefgehad dat Hy sy enigste Seun gegee het, sodat dié wat in Hom glo, nie verlore sal gaan nie maar die ewige lewe sal hê". Dit wys duidelik dat God self nie die natuurlike mens (en "die wêreld") met soveel vooringenome beslistheid soos Potgieter verdoem nie: die potensiaal vir vernuwing (na die beeld van God) is blywend.

Selfs iemand soos Calvyn verdoem nie die verdorwe mens so ligtelik (en eensydig) soos wat Potgieter (en d'Assonville) te kenne probeer gee nie (sien ook die bespreking hierbo). Die hoogaangeskrewe Calvynkenner, Doumergue (*Jean Calvin, les hommes et les choses de son temps V* (1917) 384–387) toon byvoorbeeld aan dat Calvyn die voetangels van eensydige verabsolutering vermy deur (op grond van 'n dialektiese *contrariétes*-prinsipe) die gelyktydige waarheid van teenstellings in die Evangelieboodskap te verreken. Só speel die antropologiese teenstelling tussen die waardigheid van die mens en sy volkome verdorwenheid 'n sleutelrol in Calvyn se politieke beskouings (vgl Tóth *The dialectic in the political ethics of Calvinism* (1938) 11–12). Hierdie dialektiese veelkantigheid in Calvyn se benadering bring mee dat hy nie alleen die noodsaak erken dat owerhede (met inagneming van die verdorwenheid van die mens) orde in die samelewing moet handhaaf nie, maar ook hulle plig om (gegewe die waardigheid van die mense oor wie hulle gesag het) hulle onderdane *te dien* deur regverdig te regeer (vgl Du Plessis *Die juridiese relevansie van Christelike geregtigheid* (LLD-proefskrif PU vir CHO 1978) 343–348). Vir hierdie veelseggende nuanse in Calvyn se politieke antropologie het mense soos Potgieter en d'Assonville wat die Calvynklok iewers hoor lui het maar nie mooi weet waar die bel hang nie, weinig (indien enige) begrip.

Dit is natuurlik nie nodig om menseregte uit 'n Christelike perspektief in die mens se geskapenheid na die beeld van God te fundeer nie. Daar is 'n veel eenvoudiger verduideliking wat terselfdertyd ook met minder teologiese en filosofiese erfgoed belas is. Die mens is naamlik *mandator Dei*. Dit blyk ook uit Genesis 1:26–27 en word in die 1983-vertaling van die Afrikaanse Bybel duidelik na vore gebring: die mens is as beeld *en verteenwoordiger* van God geskep. In die oorspronklike Hebreeus word twee woorde gebruik wat albei èn beeld èn verteenwoordiger beteken en daarom bring die Nuwe Vertaling albei hierdie betekenisse na vore (vgl die *Verklarende Bybel (1983-vertaling)* (1989) 5).

Die Skeppergod rus dus *die mens* toe om sy *mandator* in die skepping te wees. Menseregte (as aansprake teenoor ander mense *maar nie* ook teenoor God as die mandaatgewer self nie) kan gesien word as deel van daardie toerusting. Die mens is 'n toerekenbare, verantwoordelike en teenoor God aanspreeklike wese op grond van die toerusting wat hy of sy aldus ontvang het. Dit is vir God om

te oordeel oor die manier waarop elke mens hierdie toerusting gebruik. Dit is egter nie vir die een mens om willekeurig inbreuk te maak op (of haar te vergryp aan) die toerusting (en dus die regte) van 'n ander nie. Só word eensdeels die kreatuurlikheid van menseregte beklemtoon (daar is niks goddeliks daaraan nie: dit is deel van die tipiese skeppingstoerusting van *mense*) maar tegelyk ook hulle inherente beskermingswaardigheid (hulle *kom 'n mens toe teenoor andere* maar nie ook teenoor God nie).

Potgieter oorweeg en verwerp hierdie laasgenoemde moontlikheid bloot by implikasie wanneer hy met 'n beroep op Hebreërs 2:8 verklaar dat na die sondeval alles in die skepping nie meer aan die mens onderworpe is nie. Hierdie teks sê egter bloot (met goedkeurende verwysing na Ps 8 wat terloops 'n loflied is op die almag van die God wat die mens sy *mandator* maak) dat ons *nou nog nie sien* dat alles aan die mens onderwerp is nie. Trouens, in konteks gelees saam met veral Hebreërs 1:13, is dit goedskiks moontlik dat 2:8 nie na alle mense nie maar bepaald na *die Seun van die mens*, Christus, verwys (*Verklarende Bybel* 312). Wat ook al die korrekte van hierdie twee interpretasies, Potgieter se lesing van Hebreërs 2:8 is ongetwyfeld heeltemal misplaas.

Vervolgens meer oor die manier waarop die Bybel (ook in verband met menseregte) wetenskaplik gelees (kan) word – 'n onvermydelike sleutelkwessie wat Potgieter heeltemal vermy.

3 Filosofiese en regswetenskaplike konteks

Daar is nie slegs een enkele Bybelgedeelte of Christelike leerstelling waarop menseregte baseer kan word (en in die literatuur oor die onderwerp inderdaad baseer word) nie.

Soos in paragraaf 2 hierbo aangetoon is, word menseregte vanuit 'n Christelike perspektief veelal verbind met die mens se geskape wees na die beeld van God en sy of haar daarmee saamhangende (kreatuurlike) *mandator*skap. Menseregte kan egter ook gefundeer word in die tweede been van die sentrale liefdesgebod: "Jy moet jou naaste liefhê soos jouself." Die noodwendige implikasie hiervan is dat jy nie aan 'n ander moet doen wat jy nie aan jouself gedoen wil hê nie – en dat jy daarom ook die regte en aansprake van ander moet eerbiedig.

Voorts word op verskeie plekke in die Ou Testament ook gesê dat regspraak beteken dat aan 'n verontregte sy of haar *reg verskaf* moet word. Dawid sê byvoorbeeld vir sy vervolger, koning Saul:

> "Die Here sal regter wees en hy sal regspreek tussen ons. Hy sal sorg en my saak behartig en aan my reg verskaf teenoor u" (1 Sam 24:16).

In Psalm 43:1 sê die digter:

> "Laat tog reg aan my geskied, o God, behartig tog my saak teen 'n godlose bende, red my van valse en misdadige mense."

En die profeet Jeremia sê (volgens die 1933-vertaling van die Afrikaanse Bybel):

> "U sien, HERE, my verdrukking! verskaf my tog reg" (Klaagl 3:59).

In al hierdie uitsprake is die "regsverskaffer" of regter, omdat hy die verontregte te hulp snel, by implikasie ook 'n *redder*. Dit is nie nodig om te besluit dat enigeen van die bogemelde benaderings tot menseregte dié korrekte Christelike benadering is nie.

'n Mens kan (teoreties of wetenskaplik gesproke) basies op twee maniere na *die reg* kyk:

- as 'n sisteem van reëls of norme (die *objektief-normatiewe* gesigspunt) en
- as 'n sisteem wat die regte en aansprake van mense (of subjekte) onderling akkommodeer, koördineer en beskerm (die *subjektief-relasionele* of *-verhoudingsmatige* gesigspunt).

Albei hierdie gesigspunte kom in die Bybel voor – laasgenoemde in die kontekste pas na verwys en eersgenoemde in byvoorbeeld die wetskodes van die Pentateug (wat die norme neerlê waarvolgens die volk van God moet lewe) of in Skrifgedeeltes soos Romeine 13 waar die taak van die owerheid as handhawer van wet en orde in die samelewing beklemtoon word. Dit is 'n verenging van die regs- en politieke implikasies van die Bybelboodskap om enigeen van bogemelde gesigspunte ten koste van die ander te oorbeklemtoon.

Maar word die gesag van die Bybel nie ondermyn wanneer 'n mens dit uit 'n bepaalde (sê maar regsubjektiewe, of so nie, -normatiewe) gesigspunt lees nie? Na my beskeie oordeel nie. Enige wetenskaplike (insluitend teologiese) interpretasie van Bybelse gegewens (as synde God se openbaring op 'n voorwetenskaplike vlak) geskied vanuit 'n bepaalde teoretiese raamwerk of *paradigma.*

Kuhn (*The structure of scientific revolutions* (1975)) gebruik die term "paradigma" vir teoretiese verwysingsraamwerke in die natuurwetenskappe wat bepaalde vakterreine vir lang tye oorheers het. Copernicaanse sterrekunde, Aristoteliese dinamika en korpuskulêre optiek is almal voorbeelde van sulke paradigmas.

Kuhn se paradigmateorie maak vir hom prinsipiële geskiedskrywing oor die natuurwetenskappe moontlik. Die betekenis van die begrip "paradigma" kan egter ook verruim word om te verwys na 'n grondliggende kompleks of raamwerk van grondideë in die sosiale en geesteswetenskappe. Die menseregteparadigma is een van meerdere moontlikhede in die regswetenskap – en waarskynlik die oorheersende een in die moderne regsdenke. Die (wet- en) ordeparadigma is 'n ander.

Die stelling dat menseregte Bybels verantwoord is, beteken eintlik dat die Bybel vanuit 'n menseregteparadigma gelees steeds gesaghebbend is – en sin maak. Psalm 19:6–7 sê byvoorbeeld onder andere dat die son wat sy baan deur die hemel stralend soos 'n bruidegom volg, *aan die een kant van die hemel opkom* en *aan die ander kant ondergaan.* Wetenskaplik gesproke word hier egter nie die beweging van die son nie maar die beweging van die aarde om sy eie as beskryf. Dit weet 'n mens omdat jy die Bybel vanuit die Copernicaanse (of heliosentriese) sterrekundige paradigma lees. Hierdeur ondermyn jy nie die gesag van òf die Bybel òf die spesifieke Skrifgedeelte nie. Jy verstaan dit eerder beter omdat jy agterkom dat die betrokke gedeelte in digterlike taal (en as loflied tot eer van die Skepper) geskryf is.

Menseregte is nie onbybels net omdat die Bybel dit nie by die naam noem nie. Wet en orde word immers ook nie by die naam genoem nie. Tog word dit uit 'n paradigmatiese lees van die Bybel duidelik dat dit waaroor menseregte (en wet en orde) eintlik gaan, ten oorvloede toe (en in 'n gunstige sin) ter sprake is. So kom die volle rykdom (en ryke geskakeerdheid) van die Bybelboodskap na vore en word die Bybel allermins verdraai.

Fundamentaliste soos Potgieter (wat gou is om andere hulle paradigmatiese lees van die Bybel te verwyt) lees self egter ook die Bybel vanuit 'n bepaalde paradigmatiese oriëntering. Hieroor vervolgens (en ten slotte) meer.

4 Gevolgtrekkings

In 'n sekere sin is dit eienaardig dat d'Assonville (*Die Kerkblad* 1989-09-13 7–8 en 1989-10-25 37–38) oor die kwessie van menseregte teologies gesproke so gladweg aansluiting by Potgieter vind. Potgieter skryf sterk krities-afwysend oor die amptelike kerklike en filosofiese Calvinisme in Suid-Afrika (vgl bv *Godsdiensgevoel* 279–294) en sy skeptisisme is nie altyd ongegrond nie. 'n Mens kan byvoorbeeld sy sinisme deel oor die feit dat die NG Kerk (en ander Afrikaanse – gereformeerde – kerke) wat apartheid jarelank teologies kon regverdig (en nogal, ironies genoeg, met baie dieselfde tipe menseregte-argumente as wat Potgieter gebruik), namate die politieke klimaat begin verander het al meer die sondige kant van apartheid kon raaksien en mettertyd in pleitbesorgers vir menseregte kon ontpop (vgl Potgieter 1989 *THRHR* 390). d'Assonville daarenteen skryf in die amptelike lyfblad van een van die drie Afrikaanse kerkverbande en in sy amptelike hoedanigheid van redakteur van daardie blad. (Hieraan moet egter billikheids- en volledigheidshalwe toegevoeg word dat d'Assonville se standpunt nie ooreenstem met dié van èn sy redaksiekommissie èn tersaaklike sinodebesluite van die kerkverband wie se segspersoon hy voorgee om te wees nie (vgl *Die Kerkblad* 1989-10-25 5–6 33–36). Dit plaas d'Assonville self egter nog nie in dieselfde (tradisionele) kerklik-teologiese konteks as Potgieter nie.)

Potgieter en d'Assonville bedryf egter hulle teologie vanuit dieselfde denkraamwerk of paradigma. Dit hef in 'n groot mate denominasionele (asook geykte tradisioneel-teologiese) verskille tussen hulle op. Daar is dus nie sprake van dat Potgieter (of d'Assonville) – soos wat hulle probeer voorgee – vrywel konteksloos ewige (politieke) waarhede uit die Bybel distilleer nie. Veral wat die menseregtekwessie betref, hanteer hulle die Bybel op 'n heel eiesoortige manier en verstaan hulle dit in die lig van kwalik verbloemde politieke voorveronderstellings en vooroordele. Ek noem slegs drie voorbeelde:

4 1 Inherente onfeilbaarheid word heel kritiekloos aan die owerheid as instelling, owerheidspersone en owerheidsgesag toegedig. Potgieter meen dat die stryd om die erkenning van menseregte kenmerkend is van toenemende weerstand en opstand teen staatsgesag:

> "Waarskynlik hou ook die teenswoordige ongeregverdigde verdagmakery van die land se regstelsel en veiligheidsmagte en die algemene gees van verset teen enige vorm van gesag wat op die oomblik heers, verband met die wanbeskouing dat die mens inherent goed is en daarom so min moontlik deur regsreëls of enige ander vorm van beheer geïnhibeer behoort te word" (400).

Elders verklaar hy dat 'n regsorde gebou moet word op die werklikheid dat die mens inherent sleg is en dat realistiese regsreëls daarop gemik moet wees om "die mens se geneigdheid om skadelik op te tree, in bedwang te hou" (398). Hierdie inherente slegtheid van die mens tref klaarblyklik slegs onderdane en nie ook owerheidspersone nie. Daarom is 'n menseregtehandves wat magsvergrype deur die owerheid kan bedwing ongewens – "strenger beheer" is eerder nodig (399–400). Die skrywer maak (ten minste by implikasie) daarop aanspraak dat hierdie siening van hom op werklikhede berus – dit terwyl hy die moontlikheid ontken dat daar naas goeie owerhede volgens die model van Romeine 13 ook bose owerhede soos dié waarna Openbaring 13 verwys, kan bestaan. Vergrype in die geledere van die Suid-Afrikaanse sekurokrasie wat al meer aan

die lig begin kom en *wat klaarblyklik juis uit 'n gebrek aan kontrole oor sogenaamde (staats-)veiligheidoptrede spruit*, is sprekende getuienis van die droomwêreld waarin die skrywer eintlik leef.

Dit kom meermale voor dat die ongeïnhibeerde verheerliking van staatsgesag hand aan hand gaan met onkunde oor die werklike funksie van 'n menseregtehandves as gesagskontrolemiddel. Potgieter gee nêrens regstreekse blyke daarvan dat hy hierdie funksie van 'n handves goed begryp nie. In 'n latere publikasie verwys hy trouens na die *Freedom Charter* as 'n "fairly unpolished example of a bill of human rights" (*The future of South Africa: based on the Freedom Charter or on Christian values?* (1989) 1). Enige juris wat die *Freedom Charter* as politieke beginsel- en beleidsdokument 'n "bill of human rights" noem, snap nie veel van die eintlike aard (en wesenlik beskeie funksie) van 'n menseregtehandves nie.

d'Assonville gaan nog verder en merk op dat die Suid-Afrikaanse Regskommissie se voorgestelde handves

> "meer begaan [is] oor die regte van die wettelose, die 'gearresteerde', 'aangeklaagde' en 'veroordeelde' as die regte van burgers met 'n goeie naam . . ." (*Die Kerkblad* 1989-09-13 8).

Hy vervolg dan:

> " 'n Eerlike persoon het nie spesiale 'regte' nodig om te kan assosieer, dissosieer, bymekaarkom, lees, praat, optree of reis nie. Die regte van die gearresteerde, aangeklaagde en veroordeelde, blyk hoofsaaklik daarop gemik te wees om die magte van die polisie te beperk."

Die onsinnigheid van (en skreiende onkunde onderliggend aan) hierdie opmerkings spreek vanself.

4 2 'n Dualisme word geponeer tussen die geestelike (dit wil sê godsdienstigsedelike) en die fisiese (waaronder politieke) bestaanswyse van die mens (vgl Wanamaker "Right-wing Christianity and the Bible in South Africa" Desember 1989 *Journal of Theology for Southern Africa* 23–24). Hierdie benadering spreek duidelik uit Potgieter se argument dat dit futiel is om oor menseregte te wil praat in 'n samelewing waar sedelike en geestelike verval by (ook) sovele kerklidmate gedy (vgl bv 390–391 en 404–405). Hierdie verval blyk volgens die skrywer onder meer uit die hoë voorkoms van euwels soos egskeiding en alkoholisme (391 vn 28). 'n Mens deel sy kommer oor laasgenoemde euwels, maar waarom die indruk probeer skep dat hulle tot 'n wesenlik ander (meer aktuele) "sondekategorie" as politieke vergrype (soos die skending van menseregte) behoort? Daar is net een verklaring voor: die skrywer redeneer vanuit die standpunt dat sondes wat op die vlak van ons geestelike bestaan gepleeg word, van wesenliker belang is as politieke sondes (indien enige) op 'n meer fisiese vlak.

4 3 Hulle gebruik die metode van "proof-texting" (soos wat Wanamaker aw 25–27 dit noem) *om die Bybel volgens hulle politieke behoeftes te laat buikspreek.* Potgieter se (sagkens gesê) onakkurate Bybelgebruik waarna in paragraaf 2 hierbo uitvoeriger verwys is, moet in hierdie lig verstaan word. So ook sy en d'Assonville se pogings om met 'n hoogs ondeurdagte beroep op Calvyn te probeer aantoon dat die beeld van God by die sondige mens totaal vernietig is. Hulle soek gewoon "bewys" in die Bybel (en by Calvyn) vir 'n vooringenome verwerping van die idee van menseregte.

'n Mens sou die Potgieter-d'Assonville paradigma ook 'n naam kon gee, byvoorbeeld *regse teologie*. (Die hele Desember 1989-uitgawe van die *Journal of*

Theology for Southern Africa word terloops aan verskillende aspekte van hierdie baie aktiewe teologiese stroming in Suid-Afrika gewy.) Ek sou verkies om dit nie gewoon "regse teologie" nie maar *regs-reaksionêre status quo* (of, kortweg, *reaksionêre*) *teologie* te noem. Daar is immers ook teologieë in Suid-Afrika wat na herkoms, inhoud en styl ook as "regs" of "konserwatief" bestempel kan word maar polities gesproke verlig of selfs betreklik progressief is.

Reaksionêre teologie, daarenteen, teer op Suid-Afrikaners wat tot die bevoorregte minderheidsgroep behoort, se vrees vir (en knaende onsekerheid oor) sosio-politieke transformasie in Suid-Afrika wat onvermydelik bestaande sekerhede van die apartheidsbestel ondermyn. Daar word bygevolg naarstiglik gesoek na "ewige Bybelse waarhede" wat die posisie van die bevoorregtes in ons samelewing teen die aansprake van die verdruktes kan help verskans. Bevrydingsteologie is vir reaksionêre teoloë vyand nommer een en "liberale teologie" vyand nommer twee. Hulle vind voorts nie alleen noue aansluiting by verregse politieke groeperinge nie maar ook by die sekurokrasie (binne veral die weermag). Kortom, reaksionêre teologie is nie 'n onverwagte fratsverskynsel in die tydvak van onvermydelike sosio-politieke transformasie wat Suid-Afrika binnegegaan het nie: dit is 'n heeltemal voorspelbare téénreaksie van teologiese briekaandraaiery.

Dit verklaar ten slotte ook die heftige wyse waarop daar teen die idee van (gelyke) menseregte as sodanig maar in die besonder ook die regskommissie se voorstelle vir doeltreffender menseregtebeskerming reageer word. Reaksionêre teoloë besef tereg dat juridies doeltreffender (en polities eerliker) beskerming van menseregte in Suid-Afrika deur middel van onder meer 'n handves, die doodsklok vir die *status quo* van apartheid móét wees – vandaar hulle koorsagtige pogings om inisiatiewe wat op die doeltreffender erkenning van menseregte kan uitloop, te probeer kelder deur dit teologies te verketter en selfs te demoniseer.

'n Mens sal uiteindelik alleen sinvol met Potgieter en sy paradigmagenote kan debatteer indien hulle bereid sal wees om (soos baie pleitbesorgers vir menseregte in Suid-Afrika) hulle politieke voorveronderstellings (óók) weifelloos ter diskussie te stel. Reaksionêre teoloë sal waarskynlik egter juis hierdie faset van die debat sover moontlik probeer vermy. Hulle probeer juis die aandag van hulle wesenlik nie-kreatiewe denke oor sosio-politieke vraagstukke aftrek deur voor te gee dat hulle, op 'n teologies verhewe vlak, met tydlose en kontekslose Bybelse waarhede besig is. Só probeer hulle parameters skep waarbinne (uitsluitlik) hulle die gang van die debat oor die kontemporêr-kontekstuele relevansie van die Bybelboodskap kan bepaal. Die politiek-maatskaplike onsaaklikheid van baie van hulle teologiese argumente moet in die lig van hierdie volstruisstrategie verstaan word.

Christene (en ook Christenjuriste) wat dit mede vanuit hulle geloofsoortuigings erns maak met die beskerming en bevordering van menseregte in ons land, moet hulle nie hierdeur laat mislei nie. 'n Goeie manier om reaksionêre teologie se tjank af te trap, is om eerlik te wees oor 'n mens se eie paradigmaties-gekontekstueerde omgaan met die Bybel. Dit is tegelyk ook 'n baie ondubbelsinnige manier van sê dat die Bybelse heilsboodskap (steeds) hoogs ter sake in en vir 'n hoogs onseker tydvak van sosio-politieke transformasie is.

LOURENS M DU PLESSIS
Universiteit van Stellenbosch

MENSEREGTE: VERWYDER DIE SKYN VAN CHRISTELIKHEID
('n Antwoord op professor LM du Plessis se kritiek)*

1 Agtergrond

In 'n artikel in die 1989-*Tydskrif* het ek uit die Skrif aangetoon waarom menseregte nie Christelik is nie ("Gedagtes oor die nie-Christelike aard van menseregte" 1989 *THRHR* 386). Met daardie bydrae verset ek my teen die gebruik om politieke denkrigtings skyn-Christelik uit te dos in 'n poging om daaraan groter gesag en immuniteit teen kritiek te verleen. Dit het met apartheid gebeur, en is tans met menseregte aan die gang.

'n Handves van menseregte gaan waarskynlik 'n belangrike rol in Suid-Afrika se staatkundige toekoms speel. Evaluering van die menseregte-ideologie word egter belemmer deur die ongegronde aanspraak dat menseregte Christelik sou wees. Die skyn-Christelike kleed oor menseregte verdoesel onder meer die ernstige nadele van die liberaal-Westerse menseregte-model wat die Suid-Afrikaanse Regskommissie verlede jaar aanbeveel het (*Groeps- en menseregte* Werkstuk 25 Projek 58 (1989) 476 ev). Ten einde 'n geskikte menseregte-handves vir Suid-Afrika te formuleer, is dit dus noodsaaklik dat die menseregte-ideologie gestroop word van sy skyn van Christelikheid.

Elders in hierdie nommer van die *Tydskrif* (403–412 hierbo) kritiseer professor LM du Plessis my vermelde artikel oor die nie-Christelike aard van menseregte. Die redakteur het my die geleentheid gebied om te repliseer. In my repliek behandel ek kortliks die ongeldigheid van professor Du Plessis se Bybelgebruik, die onhoudbaarheid van die gronde waarop hy menseregte "Christelik" wil inklee, enkele ander misvattings, en die voordele van 'n menseregte-handves sonder Christelike skyn.

2 Die ongeldigheid van Du Plessis se Bybelgebruik

2 1 Die onaanvaarbaarheid van paradigmas

Du Plessis se hoofbeswaar is dat ek versuim om op "wetenskaplik verantwoorde" wyse vas te stel wat in die Bybel oor menseregte staan (404). Om volgens die wetenskaplike metode wat Du Plessis voorstaan, vas te stel of menseregte Christelik is, is dit noodsaaklik dat die Bybel "vanuit 'n menseregteparadigma" ("-voorveronderstelling") gelees word om te bepaal of die Bybel dan "steeds gesaghebbend is – en sin maak" (409). Dit beteken in werklikheid dat, omdat die Bybel op sigself nie gesag vir die menseregte-ideologie bied nie, 'n mens by voorbaat moet aanvaar dat die Bybel menseregte steun en dan vanuit hierdie vooroordeel sekere Skrifgedeeltes moet selekteer aan die hand waarvan menseregte as 't ware agterna "Bybels gevul" kan word.

Du Plessis se siening dat 'n bepaalde voorveronderstelling of paradigma "onontbeerlik" by Bybelgebruik is, stel die Bybel ondergeskik aan die betrokke voorveronderstelling. Die eintlike vraag is dan nie: wat sê die Bybel? nie,

---

* Sien Du Plessis "Enkele opmerkings oor die Christelike fundering (en verwerping) van menseregte" 403–412 hierbo (redakteur).

maar: hoe kan ek die Bybel gebruik om my vooroordeel te dien? So word die Bybel sy onafhanklikheid en inherente gesag ontneem en op onaanvaarbare wyse tot 'n blote buikspreker van die leser se vooroordele gedegradeer.

2 2 Du Plessis se onaanvaarbare metode om menseregte Bybels te probeer regverdig

Ten einde menseregte Bybels te probeer regverdig, bekyk Du Plessis nie net die Bybel vanuit 'n menseregte-paradigma nie. Die proses is veel ingewikkelder. Hy vereis naamlik verskeie bykomende stappe:

(a) Waar hy die Bybel vanuit 'n menseregte-paradigma bekyk, beskou hy menseregte op hul beurt weer vanuit 'n ander veronderstelling, die "Christelike, Calvinistiese of Christelik-reformatoriese" -benadering ("Filosofiese perspektief op 'n menseregtehandves vir Suid-Afrika" in Van der Westhuizen en Viljoen (reds) *'n Menseregtehandves vir Suid-Afrika* (1988) 8; Junie 1986 *Woord en Daad* 15). Hierdie proses kom op 'n sirkelgang neer: vanuit menseregte moet mens dan seker weer die Bybelgegewens beskou wat vanselfsprekend deel uitmaak van die "Christelike, Calvinistiese of Christelik-reformatoriese"-paradigma, vanwaar mens weer menseregte moet bekyk. Vanuit die een paradigma word 'n ander beskou, vanwaar die eerste een weer bekyk word – 'n heillose kringloop van vooringenome standpunte wat onafhanklike Skrifgebruik onmoontlik maak.

Daarby is die "Christelike, Calvinistiese of Christelik-reformatoriese"-paradigma op sigself onder verdenking. Daar bestaan immers uiteenlopende standpunte oor politieke vraagstukke in "Christelike, Calvinistiese of Christelik-reformatoriese" kringe: mens moet onthou dat vanuit hierdie kader nie net menseregte nie maar ook apartheid geregverdig word, terwyl daar ook fel kritiek teen menseregte uit dieselfde oord afkomstig is. Hierdie feite werp 'n donker skaduwee op die geldigheid van die betrokke paradigma. (Sien in die algemeen Potgieter *Aspekte van die juridiese beskerming van die godsdiensgevoel* (LLD-proefskrif Unisa 1987) 290 ev ivm die gebrek aan eenstemmigheid in Calvinistiese geledere oor die betekenis van Calvinisme).

(b) Die proses word verder gekompliseer deurdat Du Plessis die Bybel boonop vanuit 'n juridiese paradigma beskou (409) en dit daarby noodsaaklik ag dat 'n mens se "politieke voorveronderstellings" óók "weifelloos ter diskussie" gestel moet word (412) (iets wat hy self nie doen nie, behalwe, natuurlik, vir sover hy menseregte steun). Mens weet voorts nie hoe en waar die juridiese en politieke paradigmas in die kring van paradigmas pas nie.

(c) Daarenbowe verwag Du Plessis dat

> "die analitiese en metodologiese spelreëls van die regsfilosofie, -geskiedenis en -sosiologie, teologie, filosofie, politikologie ens [toegepas moet word en dat] sekere metodologies- en kenteoreties-kontekstuele voorvrae oor . . . 'Bybelgebruik in die (regs-)wetenskap' eers . . . beantwoord moet word" (403 404).

Vanuit hierdie ingewikkelde en verwarrende sirkelgang van paradigmas waar die Bybel in die lig van vooringenome standpunte oor onder meer die politiek, die reg, Calvinisme, reformasie en die menseregte-ideologie bekyk word, haal Du Plessis dan uiteindelik menseregte met 'n skyn-Christelike gewaad te voorskyn. Hierdie resultaat is nie onverwags nie aangesien bykans enige ideologie uit die Bybel "bewys" kan word wanneer mens vanuit 'n gekose vooroordeel bloot moet kyk of die Bybel "steeds gesaghebbend is – en sin maak" (409).

Uit die voorgaande is dit duidelik dat mens nie kan peil trek op die wyse waarop Du Plessis die Bybel gebruik nie. Du Plessis se pleidooi vir menseregte sal geloofwaardiger wees as hy liewer net op politieke gronde steun en ophou om die Bybel te gebruik om gesag aan 'n mensgemaakte en nie-Christelike ideologie te probeer verleen.

2 3 'n Ooglopend verkeerde resultaat

Voorts bewys die verkeerde resultaat van die Bybelgebruik wat Du Plessis propageer, reeds die onhoudbaarheid van sy benadering: hy bevind naamlik dat die Bybel (wat die sonde veroordeel en 'n heilige lewe eis), "ten oorvloede toe (en in 'n gunstige sin)" oordeel oor menseregte (wat, veral volgens die liberaal-Westerse menseregte-model, die sondige mens verheerlik en aan hom steeds meer vryheid bied om te sondig).

Daar is fout met 'n benadering wat 'n Christelike fundering uit die Bybel kan konstrueer vir 'n menseregte-ideologie wat uit die humanisme (wat Christus verwerp) ontstaan; wat die radikale uitwerking van die sondeval misken en die sondige mens (wat vir die verderf bestem is) verkeerdelik as "beeld van God" verheerlik; wat die sondige mens vryheid bied om sy sondige aard verder uit te leef deur die toekenning van regte wat onder andere kan lei tot meer pornografie, aborsie, sekswinkels, genadedood (wettige selfmoord), homoseksualisme, satanisme en okkultisme en die erkenning van homoseksuele huwelike.

2 4 "Christelike" apartheid; "Christelike" menseregte

Du Plessis regverdig menseregte uit die Bybel op presies dieselfde wyse as diegene wat die Bybel uit die "apartheidsparadigma" benader en ook vind dat dit "steeds gesaghebbend is – en sin maak". In der waarheid prostitueer die aanhangers van uiteenlopende ideologieë soos apartheid, menseregte, sosialisme en die rewolusionêre bevrydingsteologie die Bybel deur middel van die "wetenskaplike" metode wat Du Plessis aanhang. (Trouens, soos gestel (2 2 hierbo), kan mens met die Du Plessis-metode byna enigiets uit die Bybel "bewys".) Gevolglik staaf ook die teenstellende resultate waartoe hierdie metode kan lei, die onbetroubaarheid daarvan.

2 5 Die korrekte benadering tot die Bybel

Dit blyk uit die voorafgaande dat die "wetenskaplike" Bybelgebruik wat Du Plessis noodsaaklik ag, ondanks die praal van geleerdheid, mens onvermydelik op 'n dwaalweg voer en dus nie nagevolg moet word nie. Bowendien vereis die Bybel self nie die aanwending van byvoorbeeld 'n politieke, kulturele, godsdienstige of enige ander mensgemaakte paradigma nie. Christus het die Skrifte nie so gebruik nie; ewemin sy volgelinge waarvan mens in die Bybel lees. Om op die gebruik van paradigmas aan te dring, is dus onbybels en verwerplik.

Die Bybel is 'n geslote boek waarvan die juiste betekenis in 'n bepaalde geval net deur die Gees van God ontsluit kan word; God self open die mens se verstand om die Skrifte te verstaan. Daarvoor is wetenskaplike metodes en menslike geleerdheid nie noodsaaklik nie (en, soos uit Du Plessis se bydrae blyk, dikwels 'n struikelblok). Paulus maak dit duidelik dat "die dinge van die Gees van God" vir die natuurlike mens onaanvaarbare en onbegryplike onsin is en net deur diegene wat die Gees van God het, begryp kan word (1 Kor 2:10–16). Wat wel

vir 'n begrip van die Bybel deur middel van die Heilige Gees vereis word, is onder meer 'n bekeerde hart, vrees vir God, geloof in en gehoorsaamheid aan Christus en 'n oortuiging dat die menslike intellek op sigself onmagtig is om geestelike sake te begryp. Aangesien Du Plessis klaarblyklik hierdie voorwaardes wat die Skrif stel, deur sy eie metode vervang, kan sy uitleg van die Bybel in die onderhawige verband nie korrek wees nie.

2 6 'n Ongegronde beskuldiging; 'n paradigma aan my opgedwing

Soos Du Plessis weet, maar verkies om te ignoreer (403), het ek by geleentheid uitvoerig verduidelik waarom sogenaamd "wetenskaplike" Bybelgebruik op regsgebied afgewys behoort te word (*Aspekte van die juridiese beskerming van die godsdiensgevoel* 282–290 294–337). Sy beskuldiging dat daar by my weinig teregkom oor "voorvrae" oor "Bybelgebruik in die (regs-)wetenskap" (404), is dus onwaar.

Boonop noop Du Plessis se onversetlike standpunt dat dit onmoontlik is om die Bybel sonder 'n paradigma te gebruik, hom om ten onregte " 'n bepaalde paradigmatiese oriëntering" aan my op te dring: die sogenaamde "*regs-reaksionêre status quo-*" of "*reaksionêre*" teologie, met as verskuilde doelwit blykbaar die handhawing van apartheid (412). Dié aanklag is onwaar en onwelkom. Du Plessis demonstreer hier die vergissing dat kritiek teen menseregte noodwendig uit regse politieke oortuigings en steun vir apartheid voortspruit. En met sy ongegronde politieke etikettering, asook die neerbuigende behandeling van d'Assonville se teologiese beskouings, snoer hy kragte met diegene wat kritiek teen die menseregte-ideologie met skeldtaal of die smet van nie-Christelikheid probeer elimineer (sien onderskeidelik Wiechers *'n Politieke idiotikon vir Suid-Afrika* (1988) 137 140 142) en die Suid-Afrikaanse Regskommissie *Groeps- en menseregte* 314).

3 Du Plessis se onhoudbare gronde vir "Christelike" menseregte

3 1 Geen Bybelse steun vir menseregte

Kykende na die Bybel vanuit die menseregte-paradigma, kom Du Plessis op drie gronde af waarop menseregte syns insiens Christelik fundeer kan word: elke mens is beeld en verteenwoordiger van God; die Christelike liefdesgebod; en sekere Ou Testamentiese Skrifgedeeltes.

Du Plessis se menseregte-paradigma (benewens die reeds vermelde tekortkomings daaraan verbonde – 2 2 hierbo) laat hom nie 'n onbevange en korrekte blik op die Bybel toe nie en nie een van die vermelde gronde bied steun vir menseregte nie. Hieraan word vervolgens aandag gegee (sien 1989 *THRHR* 394–407 vir 'n vollediger opgawe van Bybelse gesag wat die nie-Christelike aard van menseregte openbaar).

3 2 "Beeld en verteenwoordiger van God": die sondeval misken

Volgens die menseregte-ideologie is die mens inherent goed en beskik elke mens or inherente waardigheid wat hom aanspraak op menseregte gee. Daarteenoor verklaar die Bybel dat elke mens deur die sonde verdorwe en verlore is. Wanneer Du Plessis egter die Bybel vanuit sy menseregte-paradigma bekyk, verdwyn die radikale uitwerking van die sonde meteens en is elke natuurlike mens , ondanks die feit dat hy sy "goedheid" (Gen 1:27 31) verloor het (Gen 3:1–24), steeds

(volwaardig) beeld en verteenwoordiger van God wat deur God self met menseregte toegerus word om as verteenwoordiger van God te funksioneer (407–408).

In die eerste plek is Du Plessis se geromantiseerde mensbeskouing onjuis omdat die werklikheid hom verkeerd bewys. Dit is 'n mite dat elke mens beeld en verteenwoordiger van God is. Juriste werk daagliks met regsreëls wat noodsaaklik is om reg en orde te handhaaf juis omdat soveel mense nie beeld van God is nie aangesien hulle een of meer van die volgende eienskappe openbaar: hebsug, gewelddadigheid, nalatigheid, onsedelikheid, bedrieglikheid, twisgierigheid, ongebondenheid. Gevolglik is dit werklikheidsvreemd om regsreëls (insluitend menseregte) te fundeer op die dwaling dat die mens inherent goed (beeld en verteenwoordiger van God) is.

In die tweede plek, soos ek al uitvoeriger aangetoon het (1989 *THRHR* 395–397), maak die Bybel dit duidelik dat die mens se beeld- (en verteenwoordiger-)skap van God deur die sonde vernietig is. Die definisie van die beeld en verteenwoordiger van God is nie meer Adam of die natuurlike (sondige) mens nie, maar Christus en diegene wat deur sy krag van die sonde losgemaak is, na sy beeld herskep is en as sy gesante uitgestuur word. Du Plessis (en andere wat menseregte op hierdie grond Christelik probeer fundeer) misken egter die skerp onderskeid tussen die ou en die nuwe mens wat ook uit onder meer die volgende woorde van Paulus blyk:

> "[B]reek met die ou mens in julle wat deur sondige begeertes verteer word. Julle gees en gedagtes moet nuut word; lewe as nuwe mens wat na die beeld van God in ware geregtigheid en heiligheid geskep is" (Ef 4:22–24; 1979-vertaling).

Daarbenewens stel Christus se beskrywing van sekere sondige *mense* as "duiwel", "seun van die verderf" en "kinders van die duiwel", dit bo twyfel dat ook Hy, anders as Du Plessis, nie alle mense as beeld van God aanvaar nie omdat hulle nie, soos Christus, wys wie God is nie (sien Joh 6:70; 8:44 en 17:12).

In die derde plek, selfs al was elke mens, soos Du Plessis verkeerdelik redeneer, beeld en verteenwoordiger van God, sou dit geen grond vir aanspraak op menseregte bied nie. As die argument geldig was, sou Christus, as ware beeld en verteenwoordiger van God, by uitstek vir menseregte gekwalifiseer en daarop aanspraak gemaak het. Tog blyk presies die teendeel uit sy voorbeeld en leer. In plaas daarvan om op menseregte aan te dring, getuig Christus se optrede van selfvernedering en selfopoffering en leer Hy sy volgelinge om nes Hy op te tree. Hoe kan menseregte *Christelik* wees as Christus en sy ware volgelinge nie op menseregte aandring nie, maar nie-Christene wel? Hierop rep Du Plessis om ooglopende redes niks.

Die feit dat Christus se voorbeeld en opdragte direk in stryd is met die menseregte-leer en met van die bepalings wat gewoonlik in 'n menseregte-handves aangetref word, is op sigself voldoende om die nie-Christelike aard van menseregte aan te toon.

In die vierde plek ontken Du Plessis ten onregte dat die Bybel gesag bied vir die stelling dat sondige mense as beelddraers van die duiwel beskryf kan word (406). Ek maak die afleiding (1989 *THRHR* 396–397) dat die sondige mens beeld van die duiwel genoem kan word uit die feit dat die sondige mens volgens die Skrif eerder die eienskappe van die duiwel as van God vertoon. Christus hak eintlik die knoop deur waar Hy sê dat sekere mense die duiwel as vader het (Joh 8:44) en verklaar dat elkeen wat sonde doen, 'n slaaf van die sonde (verteenwoordiger van die duiwel?) is (Joh 8:34): "Hulle dade verraai hulle as

'kinders van die duiwel' "; "Hulle doen [die duiwel se] wil" (*Verklarende Bybel (1983-vertaling)* (1989) 128). Kinders van die duiwel kan onmoontlik beeld van God wees en daarom is dit geregverdig om minstens diesulkes beelddraers van die duiwel te noem: dit is die enigste alternatief. Nou wil Du Plessis te kenne gee dat ook die afstammelinge van die duiwel steeds beeld van God is *net soos God se ware kinders* van wie Christus die beste voorbeeld is. Hierop is kommentaar oorbodig.

In die vyfde plek is die Bybel alleen natuurlik voldoende gesag vir die standpunt dat die sondige mens nie beeld van God is nie en daarom het ek vroeër (1989 *THRHR* 395 vn 65) bloot terloops verwys na waar Calvyn ook hierdie standpunt steun. Dit is ironies dat Du Plessis Calvyn se uitleg probeer wegredeneer omdat hy daarmee meteen twyfel wek oor die egtheid van die "Calvinistiese" deel van die paradigma waarmee hy menseregte benader (sien 2 2 hierbo).

Ewenwel, soos Du Plessis self toegee (405), sê Calvyn ten minste ook dat daar weens die sonde hoogstens "vae, onduidelike buitelyne" van die beeld van God by die natuurlike mens oorgebly het. Wat die begronding van menseregte betref, maak dit in beginsel nie saak of die natuurlike mens "beelddraer van die duiwel" of "net" "verwronge wrak van God se beeld" genoem word nie: feit bly dat hy inherent verdorwe is en dus nie meer "volwaardig" beeld van God is soos wat Du Plessis en sy genote verkeerdelik veronderstel nie.

3 3 Die Christelike liefdesgebod: geen grond vir menseregte

Volgens Du Plessis kan menseregte vanuit Christelike perspektief gefundeer word "in die tweede been" van die sentrale liefdesgebod waarvolgens 'n mens aan 'n ander moet doen wat hy aan homself gedoen wil hê, en wat tot gevolg het dat 'n mens daarom "die regte en aansprake van ander moet eerbiedig" (408). Hierdie beskouing is verkeerd.

In die eerste plek moet daarop gelet word dat ook diegene wat byvoorbeeld apartheid Bybels fundeer, met hierdie argument kan woeker: 'n Blanke eis byvoorbeeld 'n afsonderlike woongebied, 'n eie volkstaat of 'n afsonderlike kieserslys op en gun ander rassegroepe dieselfde. Hy doen dus aan andere soos hy wil hê hulle aan hom moet doen. Dit is veelseggend dat 'n mens met Du Plessis se argument goedskiks tot gevolgtrekkings kan kom wat hy klaarblyklik verwerp.

In die tweede plek berus die argument op 'n wanvoorstelling van die *inhoud* van die Christelike liefdesgebod. Christelike naasteliefde bestaan nie onafhanklik van die "eerste been" van die liefdesgebod nie: liefde vir God; gehoorsaamheid aan Jesus Christus. Dit is met ander woorde nie moontlik om mens se naaste op Christelike wyse lief te hê sonder dat mens Christus liefhet en Hom gehoorsaam nie (1 Joh 5:2; 2 Joh :6). Natuurlik is dit direk in stryd met die mensereg op die vryheid van godsdiens om aan te dring op nakoming van die "eerste been" van die Christelike liefdesgebod. Geen menseregte-akte bevat gevolglik 'n bepaling dat God gehoorsaam moet word nie. Daarom kan die "liefde" wat met menseregte in verband gebring word, nie Christelike liefde wees nie.

In die derde plek handel die Christelike liefde "nie onwelvoeglik nie", "soek nie sy eie belang nie" en "is nie bly oor die ongeregtigheid nie" (1 Kor 13:5 6). Daarteenoor gaan dit by menseregte juis om eiebelang en die vryheid om selfs onwelvoeglik op te tree. Die teenstelling is duidelik. In aansluiting hierby verg Christelike liefde dat mens aan 'n ander doen wat jy aan jouself gedoen wil hê.

Vanselfsprekend veroorloof geen Christen hom die vryheid, soos die liberaal-Westerse menseregte-model toelaat, om byvoorbeeld met pornografie om te gaan nie. Daarom is dit ook nie 'n Christelike liefdesdaad om andere sodanige vryheid te bied nie.

3 4 Misplaaste beroep op Ou-Testamentiese tekste

Laastens poog Du Plessis om menseregte "Christelik" te begrond op verskeie Ou-Testamentiese tekste waarin by God gepleit word dat Hy aan die verontregte reg moet verskaf (408). Du Plessis se uitleg van hierdie tekste word verwring deur die menseregte-paradigma waarmee hy die Bybel beskou (2 2 hierbo): hy aanvaar klaarblyklik sonder meer dat die reg van God waarvan hier gepraat word, sinoniem is met die politieke regte ingevolge die menseregte-ideologie wat eers eeue later uit nie-Christelike politieke filosowe gebore is. Die aanname is egter nie korrek nie: Bybelse regte beteken nie menseregte nie, net so min as wat die betekenis van Bybelse begrippe soos liefde, vrede, vryheid en versoening dieselfde is as die wêreldse betekenis daarvan. Boonop word die inhoud en omvang van Bybelse regte deur die Bybel bepaal, terwyl die inhoud en omvang van menseregte deur die menseregte-ideologie self vasgestel word. Ook hier vind 'n mens dus nie steun vir "Christelike" menseregte nie.

3 5 Gevolgtrekking: verwyder die skyn van Christelikheid

Dit is duidelik dat nie een van die argumente waarop Du Plessis menseregte as "Christelik" wil fundeer, steek hou nie. Die menseregte-ideologie is nie Christelik nie en moet as sodanig beoordeel word. Daar word algemeen aanvaar dat diegene wat die politieke apartheidsbeleid destyds "Christelik" ingeklee het, ernstig fouteer het. 'n Soortgelyke misstap behoort nie met menseregte begaan te word nie. Daarom behoort die skyn-Christelike gewaad van menseregte onverwyld verwyder te word.

4 Ander wanbeskouings

Voortvloeiend uit sy foutiewe aanwending van die Bybel, maak Du Plessis hom skuldig aan verskeie ander wanbeskouings, waaronder 'n gebrekkige opvatting oor die aard van God se oordeel, verdere verkeerde persepsies in verband met die gewaande waardigheid van die sondige mens, en 'n werklikheidsvreemde benadering tot die owerheid-onderdaan-verhouding.

4 1 Verkeerde beskouing van God se oordeel

Du Plessis maak 'n fout waar hy beweer dat God en die Bybel nie die sondige mens en wêreld met soveel beslistheid verdoem as wat ek doen nie (406–407). Die implikasie van sy stelling is dat God (anders as ek) tog iets goeds in die wêreld en die natuurlike mens sien en *om hierdie rede* volgens Johannes 3:16 sy Seun na die wêreld gestuur het. Dit is nie so nie. By die lees van hierdie teks moet ander Skrifte in gedagte gehou word ingevolge waarvan Christus verklaar dat Hy nie vir die wêreld bid nie (Joh 17:9); dat die wêreld Hom en sy ware dissipels haat (Joh 17:18) en Hom nie ken nie (Joh 1:10). Ook moet gelet word op Skrifgedeeltes wat aantoon dat vriendskap met die wêreld vyandskap met God is (Jak 4:4); wat waarsku dat mens nie die wêreld of die dinge in die wêreld moet

liefhê nie (1 Joh 2:15); en wat verklaar dat die hele wêreld in die mag is van die vyand van God, die duiwel (1 Joh 5:19).

Johannes 3:16, waar verklaar word dat God die wêreld "so liefgehad het dat Hy sy enigste Seun gegee het, sodat dié wat in Hom glo, nie verlore sal gaan nie maar die ewige lewe sal hê", beteken dus nie dat daar iets goeds in die mens en die wêreld is nie, maar is net 'n bewys van die liefde en genade van God:

> "Want uit genade is julle gered, deur die geloof, en dit nie uit julleself nie: dit is die gawe van God; nie uit die werke nie, sodat niemand mag roem nie" (Ef 2:8–9).

God se oordeel is dus wel absoluut: die wêreld is vervloek en in die greep van verganklikheid (Gen 3:17; Rom 8:19–23) terwyl die natuurlike mens vir die verderf bestem is (Openb 21:8). Du Plessis se ontkenning van die waardeloosheid en verlorenheid van die mens bied nie net steun vir die foutiewe humanistiese geloof dat die mens inherent goed is nie, maar bevraagteken in effek die noodsaaklikheid van Christus se evangelie wat die mens juis van volkome verlorenheid wil verlos.

4 2 Optrede teenoor sondige mense en die wêreld; omgewingsbewaring

Du Plessis glo skynbaar dat aanvaarding van die waardeloosheid van die mens, en van die vervloekte status van die skepping, noodwendig daarop neerkom dat die sondige mens nie regte het nie (en dat dus na willekeur teenoor hom opgetree mag word?) en dat pleidooie vir byvoorbeeld omgewingsbewaring onbybels is (406–407). Beide afleidings is verkeerd.

Die Bybel bevat duidelike voorskrifte dat nie na willekeur teenoor die sondige mens opgetree mag word nie. Terselfdertyd stel die Bybel dit egter onomwonde dat die sondige mens inherent sleg en vir die verderf bestem is. Daarom kan daar vanselfsprekend nie van die vereiste om behoorlik teenoor andere op te tree, afgelei word dat die mens oor inherente waardigheid beskik nie. Selfs die duiwel moet immers met "respek" behandel word aangesien hy nie belaster mag word nie (Judas :9). Maar selfs yweraars vir "Christelike" menseregte sal waarskynlik huiwer om aan te voer dat die duiwel op grond hiervan oor inherente waardigheid beskik. Insgelyks beteken die verdorwenheid en waardeloosheid van die mens nie dat na willekeur met hom gehandel mag word nie.

In teenstelling met Du Plessis se standpunt, is regte (en regsreëls) nodig nie omdat mense inherent goed is nie, maar eerder omdat hulle tot die kwaad neig en regte en regsreëls die potensiaal van konflik in die sondige gemeenskap moet minimaliseer en orde moet probeer verseker. Gevolglik is dit, soos reeds gestel (3 2 hierbo), werklikheidsvreemd om regte, en veral menseregte, te verleen op die verkeerde veronderstelling dat die mens goed is. (As alle mense werklik goed (beeld van God, soos Christus) was, sou regte en regsreëls nie nodig gewees het nie.) Wanneer menseregte nou gebaseer word op die foutiewe uitgangspunt dat die mens goed is, word aan die mens te veel vryheid gebied om sy sondige natuur ongekontroleerd uit te leef. Daarom is dit realisties om by die verlening en veral begrensing van menseregte die ware sondige aard van die mens – sowel binne as buite die owerheid – voor oë te hou sodat die regte balans tussen owerheidskontrole en individuele vryheid verseker kan word.

Korrekte optrede teenoor alle mense beteken nie dat almal oor dieselfde kam geskeer moet word nie. Waar ingevolge die menseregte-ideologie sondige mense in effek goedkeuring vir die uitleef van hulle sondige natuur eis, verwys Christus daarenteen goedkeurend na die gemeente in Efese wat "slegte mense nie kan

verdra nie" (Openb 2:2) en bepaal Hy dat sekere mense as tollenaars en heidene behandel moet word (Matt 18:17). Ook van owerhede vereis God dat hulle kwaaddoeners moet straf en net diegene wat goed doen, moet prys (Rom 13:3–4).

Du Plessis se suggestie dat my benadering tot menseregte onversoenbaar met omgewingsbewaring sou wees, is ook foutief. Feit is egter dat die skepping weens die vernielsug en hebsug van die sondige mens (Du Plessis se sogenaamde "verteenwoordiger van God") in die greep van verganklikheid verkeer en besig is om tot niet te gaan (Rom 8:19–23; Jer 12:4). Omgewingsbewaring op sigself kan hierdie proses op die duur nie stuit nie. Volgens Paulus sal God self die skepping van verydeling moet bevry onder meer deur die bekendmaking van sy ware kinders (Rom 8:19–21).

4 3 Owerheidsoptrede

Du Plessis insinueer dat ek staatsgesag sou verheerlik of die optrede van bose owerhede sou goedkeur. Dit is onwaar. Dit is 'n misvatting dat kritiek teen die oormatige individuele vryheid waartoe menseregte kan lei, noodwendig op instemming met owerheidsmisbruik neerkom. Ek maak dit duidelik (1989 *THRHR* 399 vn 85) dat die owerheid as dienaar van God sy Godgegewe pligte (vanselfsprekend behoorlik) moet uitvoer. Onregverdige optrede deur die owerheid val klaarblyklik buite die opdrag van God. Regverdige owerheidsoptrede word egter beoordeel volgens die norme wat God self stel, en nie aan die hand van die maatstawwe van die mensgemaakte menseregte-ideologie nie. God stel trouens veel hoër eise van eerlikheid, integriteit, billikheid en geregtigheid aan lede van die owerheid as waarvoor die menseregte-ideologie voorsiening maak.

'n Belangrike deel van behoorlike owerheidsoptrede is om kwaaddoeners te straf en die wat goed doen, te prys (Rom 13:1–7). Die probleem is egter dat Du Plessis, wat sake vanuit die menseregte-paradigma beskou, klaarblyklik bykans enige inwerking deur die owerheid op die buitensporige vryheid wat die menseregte-ideologie opeis, verkeerdelik as misbruik van die staatsgesag sien. So 'n oorbeklemtoning van individuele vryheid lei tot 'n skeeftrekking van die staat-onderdaan-verhouding. Menseregte (veral die liberaal-Westerse model) kortwiek in werklikheid die Godgegewe staatstaak deur die skepping van te groot vryheidsfere waarbinne die mens vry van owerheidsinmenging na willekeur (en dus ook op onbehoorlike wyse) kan handel. Dit is daarom geen wonder nie dat meeste mensereg-bedelings onder toenemende misdaad en dekadensie gebuk gaan.

5 'n Menseregte-handves sonder Christelike skyn en ander wanopvattings

Soos gestel (par 1 hierbo), sal 'n handves van menseregte volgens alle aanduidings 'n belangrike plek in die Suid-Afrikaanse grondwetlike toekoms inneem. So 'n handves moet versigtig en realisties geformuleer word. Misvattings en wanvoorstellings in verband met menseregte moet daarom uitgeskakel word. Onbevange beoordeling van menseregte (gestroop van Christelike skyn en ander wanopvattings) sal onder meer die volgende voordele inhou by die ontwerp van 'n menseregte-handves vir Suid-Afrika:

- Dit sal duidelik word dat menseregte nie 'n onaantasbare geloofsobjek is nie maar bloot 'n politieke instrument wat ter wille van politieke, maatskaplike en ander behoeftes aangepas kan word.

- Die verwarring dat God se geregtigheid sinoniem met menseregte is, sal opgeklaar kan word: die menseregte-leer is nie die norm vir God se geregtigheid nie.
- Die korrekte mensbeskouing – dat die natuurlike mens inherent verdorwe is en groter vryheid gewoonlik benut om meer kwaad te doen – sal as uitgangspunt vir die realistiese begrensing van menseregte kan dien.
- Magsmisbruik deur die owerheid sal aan bande gelê kan word en die korrekte balans tussen owerheidsgesag en individuele vryheid sal gevind kan word.
- Die absurd hoë verwagtings wat deur sommige pleitsbesorgers vir menseregte gewek word, sal getemper kan word.
- Die ernstige nadele wat kleef aan die liberaal-Westerse handves wat die regskommissie in 1989 voorgestel het, sal geïdentifiseer en aangespreek kan word.
- Die tragiese gevolge wat kan intree wanneer kerklidmate wysgemaak word dat 'n suiwer politieke filosofie, soos menseregte of apartheid, 'n toepassing van die evangelie van Christus is, sal voorkom kan word.
- 'n Basis sal gevind kan word vir 'n unieke menseregte-handves vir Suid-Afrika wat billike owerheidsoptrede en verantwoordelike individuele vryheid kan verseker, politieke realiteite kan verreken, beskaafde standaarde kan vaslê en stabiliteit, reg en orde kan bevorder.

Juriste moet die ontwerp van 'n handves van menseregte vir Suid-Afrika objektief benader, dit wil sê so ver moontlik onafhanklik van ideologiese voorveronderstellings. Ten einde dit te doen, moet onder meer die skyn-Christelike kleed wat professor Du Plessis, die Suid-Afrikaanse Regskommissie en andere oor menseregte getrek het, onverwyld verwyder word.

JM POTGIETER
Universiteit van Suid-Afrika

Die sukses van 'n omgewingsbewaringspoging, van watter aard ook al, is onderhewig aan twee belangrike voorwaardes – wetgewing of wetstoepassing en omgewingsopvoeding. Laasgenoemde kan waarskynlik bydra om langtermynsukses te waarborg en dit behoort dan ook die belangrikste middel te wees waardeur 'n veilige toekoms vir omgewingsbewaring verseker kan word (*per* Viljoen *"Redaksioneel"* 1990 (2) *Conserva* 2).

VONNISSE

MILITÊRE REG: *RARA AVIS* OF *CONTRADICTIO IN TERMINIS*?

Mönnig v Council of Review 1989 4 SA 866 (K)

Die verrigtinge van krygsrade kom nie baie dikwels by wyse van hersiening voor die howe nie. Daar is egter heelwat netelige regsprobleme wat in hierdie verband kan ontstaan, veral weens die onsekerheid wat bestaan oor die presiese aard en status van militêre howe en oor die pligte en bevoegdhede van die persone wat vir die militêre regspleging verantwoordelik is. Die omvang van die probleem word goed toegelig deur die uitspraak in die *Mönnig*-saak.

Die feite van die saak was kortliks die volgende: die applikante was dienspligtiges in die Suid-Afrikaanse Weermag (SAW) wat daarvan aangekla is dat hulle saamgesweer het om beskermde inligting aan ongemagtigde persone mee te deel, 'n oortreding ingevolge artikel 18(2) van die Wet op Oproerige Byeenkomste 17 van 1956 saamgelees met artikel 4(1)(b) van die Wet op die Beskerming van Inligting 84 van 1982. Die inligting het bestaan uit propaganda-materiaal wat die SAW wou gebruik in 'n veldtog teen die End Conscription Campaign (ECC). Die applikante is deur 'n gewone krygsraad skuldig bevind en gevonnis; die skuldigbevinding en vonnis is bekragtig deur die beleggende outoriteit ooreenkomstig die bepalings van die Reglement van Dissipline (RVD) van die Verdedigingswet 44 van 1957; daarna is dit op aansoek van die applikante ingevolge artikel 112 van die RVD deur die hersieningsraad hersien. Vervolgens is die saak ingevolge artikel 107 van die Verdedigingswet op hersiening na die hooggeregshof geneem.

Die belangrikste grond vir hersiening wat deur die applikante aangevoer is, is dat die derde respondent (die krygsraad) die tweede applikant se aansoek dat dié raad hom weens die moontlikheid van vooroordeel rekuseer, moes toegestaan het. Die argument is gegrond op die feit dat die ECC 'n wettige organisasie was, dat die SAW se kampanje om die ECC te diskrediteer en te teister ("harass"), onwettig was (soos ook bevind is in die uitspraak in *End Conscription Campaign v Minister of Defence* 1989 2 SA 180 (K)) en dat dit onvermydelik was dat offisiere van die SAW vooroordeel sou openbaar in 'n verhoor wat oor die aangeleentheid gaan.

Hierin gee die hof die applikante gelyk. 'n Groot gedeelte van die uitspraak word gewy aan 'n ontleding van die beginsels wat op vooroordeel ("bias") van toepassing is. Die hof vergelyk die "real likelihood"-toets wat tradisioneel deur ons howe toegepas is met die "reasonable suspicion of bias"-kriterium wat in die Engelse reg ontstaan het en toon aan dat:

> "Both in England and in South Africa these two tests were sometimes clearly perceived by the Courts to be essentially different, sometimes dimly perceived to be different and sometimes thought to be reconcilable and thus not essentially different at all" (877H).

Die regter kom tot die gevolgtrekking dat daar geen rede bestaan om die "real likelihood of bias"-maatstaf oorboord te gooi nie, veral waar dit gaan oor administratiewe liggame

> "which are known and expected by the reasonable layman to have an institutional or, as it is sometimes called, departmental bias" (879H).

'n Voorbeeld van so 'n liggaam met 'n ingeboude vooroordeel wat aanvaarbaar en redelik is, is 'n arbiter wat deur een van die partye aangestel is, komitees van vakbonde en vrywillige verenigings, ensovoorts (880B–C). Daar word egter beklemtoon dat 'n liggaam soos 'n krygsraad, weens die aard van die militêre opset, besonder gevoelig is vir aantygings van vooroordeel: die vraag moet gestel word of 'n onafhanklike en objektiewe waarnemer sou dink dat 'n krygsraad

> "which was being asked to pronounce upon the propriety of a highly sensitive project, which had been initiated and was being directed by top Defence Force officers (among them the second respondent)" (881E)

werklik onpartydig kon wees. Die regter meen dat so 'n waarnemer sou dink dat dit die krygsraad in 'n onhoudbare situasie sou plaas. Die omstandighede was dus nie dieselfde as dié waar 'n mate van vooroordeel (of miskien eerder die aanwesigheid van 'n persoonlike belang) nie 'n onaanvaarbaar hoë risiko van 'n onregverdige verhoor skep nie (die gevalle van 'n tribunaal met 'n ingeboude departementele of institusionele vooroordeel of 'n tribunaal wat deur die gedingvoerder self aangestel is). Verder kan die verweer ook nie opgewerp word dat die krygsraad die enigste liggaam was wat die saak kon aanhoor nie; die burgerlike howe het inderdaad jurisdiksie om die besondere aangeleentheid te verhoor. Die verrigtinge word dus op grond van die bevinding van vooroordeel ter syde gestel; die hof stel dit uitdruklik dat hoewel die moontlikheid van vooroordeel soms in die verlede behandel is as 'n onreëlmatigheid wat oor die hoof gesien kan word indien bewys word dat geen werklike benadeling plaasgevind het nie, dit die huidige neiging is om vooroordeel te beskou as

> "a vitiating failure of natural justice, the result of which is that what took place before the adjudicator is not so much a defective hearing as no hearing at all" (882H).

Die regter gaan voort om te sê dat die feit dat daar by die hersieningsinstansie se verrigtinge geen onreëlmatigheid te bespeur is nie, irrelevant is en haal met goedkeuring 'n *dictum* uit die Engelse saak *Leary v National Union of Vehicle Builders* 1970 2 All ER 713 (Ch) 720 aan:

> "[A] failure of natural justice in the trial body cannot be cured by a sufficiency of justice in the appellate body" (882J).

Hoewel daar uit die regter se woorde afgelei kan word dat hy van die standpunt uitgaan dat die verrigtinge van die krygsraad nietig eerder as vernietigbaar is ("not so much a defective hearing as no hearing at all") is hy nie bereid om dit onomwonde so te stel nie; hy sê inderdaad:

> "If the proceedings of the third respondent [die krygsraad] were voidable (or void, I need express no view on this . . .)" (882G).

Dit is eintlik jammer dat daar nie uitdruklik verklaar is dat die ganse proses in die geval van onaanvaarbare vooroordeel geheel en al nietig is nie – dit sou die aangeleentheid op 'n veel vaster grondslag geplaas het.

Daar kan in ieder geval nie met die bevinding gestry word nie. Dit is in die geval onder bespreking duidelik dat die applikante se verhoor nie onpartydig kon gewees het nie, en dit is uiters belangrik dat die uitsprake van militêre howe nie deur die algemene publiek of deur diegene wat aan die RVD onderworpe is as "jungle justice" wat deur 'n sogenaamde "kangaroo court" uitgedeel word, bejeën moet word nie.

Daar is egter ander aspekte van die uitspraak wat nie duidelik is nie. Die eerste hiervan gaan oor die aard van die krygsraad: is die liggaam 'n geregshof, waarop die vereistes wat vir alle geregshowe geld van toepassing is, of is dit 'n administratiewe tribunaal wat regsprekende eerder as kwasie-judisiële handelinge verrig? Die hof behandel die aangeleentheid deurgaans as administratief en pas konsekwent die reëls van die administratiefreg eerder as die strafprosesreg toe. Die vraag is enersyds of dit tegnies gesproke korrek is en andersyds of dit hoegenaamd saak maak.

Wat die kwessie van vooroordeel betref, wil dit voorkom of die maatstawwe wat in die administratiefreg gestel word, ooreenstem met dié wat in die strafprosesreg voorkom behalwe dat "aanvaarbare" vooroordeel, soos deur die hof beskryf, slegs in suiwer administratiewe sake sal voorkom en nie in gevalle waar 'n moontlike straf- of dissiplinêre aksie ter sprake is nie. Dit lyk nie of die hof die moontlikheid oorweeg het dat mens hier met twee heel verskillende situasies te doen het en dat "departementele" gevalle dus eintlik nie hier ter sprake is nie. Vooroordeel by administratiewe tribunale wat tugbevoegdhede het (soos die Mediese Raad, onderwysowerhede, prokureursordes en veral instansies wat ingevolge die Polisiewet 7 van 1958 en die Wet op Gevangenisse 8 van 1959 ingestel is), kon in hierdie verband nuttige leiding verskaf het.

Die hof verwys deurgaans na die krygsraad as 'n tribunaal, ten spyte van die duidelike aanduiding in die Engelse benaming "court martial", en praat van

> "tribunals – other than courts of law – which have all the attributes of a court of law . . . The court martial is, of course, such a tribunal" (880F).

Daar word nietemin toegegee dat 'n krygsraad

> "is the only tribunal I know of, apart from a court of law, which is competent to impose criminal sanctions. It is, to all intents and purposes, a court which may be presided over by laymen" (880G).

Nou ontstaan die vraag onvermydelik: is die krygsraad nie inderdaad 'n hof eerder as 'n administratiewe tribunaal wat op 'n haar na soos 'n hof lyk nie?

Kyk mens na die kriteria wat toegepas word wanneer bepaal word of daar van 'n regsprekende handeling sprake kan wees (vgl Wiechers *Administratiefreg* (1985) 114–115) wil dit tog voorkom of sowel 'n algemene as 'n gewone krygsraad hieraan voldoen. Daar is beslis 'n geding of geskil en daar word sekerlik regsbeginsels toegepas. Die vraag is verder of daar ten spyte van die stelsel van bevestiging en outomatiese hersiening, nogtans geargumenteer kan word dat 'n krygsraad se beslissing finaal en bindend is (by die burgerlike howe is daar trouens ook die moontlikheid van appèl en hersiening). Die vraag wat eintlik gevra moet word, is of die reël van *ne bis in idem* en die verbod van *res judicata* op beslissings van krygsrade van toepassing is. Dat dit wel die geval is, blyk

daaruit dat 'n krygsraad nie by magte is om self sy eie beslissing, hetsy geldig, hetsy ongeldig, te wysig, terug te trek of reg te stel nie.

Daar is al dikwels op gewys dat hierdie toetse nie in alle opsigte bevredigende resultate lewer nie, juis omdat soveel handelinge wat onteenseglik administratief en nie judisieel van aard is nie, ook soms daaraan voldoen. Daar is ook ander kriteria wat toegepas kan word: Vind die verhoor in die openbaar plaas? Is die beskuldigde op regsverteenwoordiging geregtig? Word die erkende reëls van die bewysreg en die strafprosesreg toegepas? En, les bes, kan daar gesê word, in die woorde van Wiechers (114), dat die krygsraad

> "die attribute [het] wat gewoonlik aan 'n regsprekende orgaan toegeskryf word, soos onafhanklikheid, toeganklikheid, toepassing van 'n besondere verhoorprosedure en regsbekwaamheid van sy lede?"

Die antwoord op die eerste drie vrae wat hier gestel word, is bevestigend (kyk 83–85 van die RVD). Die laaste vraag is egter nie so maklik om te beantwoord nie.

Die onafhanklikheid van 'n regsprekende liggaam word gewoonlik uit twee hoeke bekyk (kyk Boulle, Harris en Hoexter *Constitutional and administrative law* (1989) 200–206): eerstens verwys dit na die leerstuk van skeiding van magte, waarvolgens slegs die regsprekende gesag regsprekende funksies vervul, en dan ook slegs regsprekend en nie byvoorbeeld wetgewend nie, optree. Tweedens beteken die onafhanklikheid van 'n regsprekende orgaan dat die lede daarvan op 'n objektiewe, nie-politieke grondslag aangestel word, dat hulle 'n regterlike eed aflê en dat hulle beroepsveiligheid ("security of tenure") geniet – met ander woorde dat hulle nie aan die gewone "gevare" van ontslag of druk deur hul seniors binne die hiërargie of politieke strominge blootgestel word nie. Dit is duidelik dat die lede van krygsrade nie in hierdie sin onafhanklikheid geniet nie.

Kom 'n mens by toeganklikheid, is die posisie dat krygsrade eintlik net met strafsake te doen kry sodat daar nie werklik van toeganklikheid of ontoeganklikheid sprake kan wees nie. Aangesien die gewone reëls met betrekking tot regsverteenwoordiging en die verhoorprosedure hier van toepassing is, lyk dit darem nie of hierdie vereiste probleme oplewer nie.

Die vereistes wat die RVD ten opsigte van regsbekwaamheid stel, is wel van groot belang. By sowel 'n gewone as 'n algemene krygsraad moet 'n regter-advokaat (iemand wat minstens een jaar 'n permanente offisiersrang beklee het en wat 'n graad in die regte van 'n Suid-Afrikaanse universiteit besit of in die Senior Staatsdienseksamen geslaag het) as lid aangestel word tensy die president van die raad die nodige regskwalifikasies besit. Die plig van die regter-advokaat is om die hof, die beskuldigde en die aanklaer aangaande die reg en die prosedure van raad te bedien; om die notule en die dokumentêre bewyse en bewysstukke te bewaar; en om tesame met die president sorg te dra dat die beskuldigde nie in sy regte benadeel word nie. Die ander lede van die krygsraad hoef nie formele regskwalifikasies te besit nie, maar daar word van alle offisiere vereis om regskursusse wat deur die militêre instansies self aangebied word, te voltooi. Die inhoud van hierdie kursusse konsentreer veral op die inhoud van die RVD en op daardie aspekte van die reg (soos bewysreg en strafprosesreg) wat in die militêre sfeer van besondere belang is. Dit is dus nie heeltemal akkuraat om soos regter Conradie 'n krygsraad te omskryf as "a court which may be presided

over by laymen" (880G) nie. Die samestelling van die lede van die hersieningsraad wat ingevolge artikel 115 van die RVD sekere hersieningsfunksies op aanvraag van 'n beskuldigde uitoefen, word deur artikel 145 van die RVD bepaal: Waar 'n halsmisdaad ter sprake is, moet daar drie regters of afgetrede regters benewens twee lede van die weermag wees; in ander gevalle moet die voorsitter van die raad 'n regter of afgetrede regter wees, of 'n landdros of afgetrede landdros wat die pos vir 'n ononderbroke tydperk van minstens tien jaar beklee het. Wat samestelling en regsbekwaamheid betref, kan krygsrade miskien dus eerder vergelyk word met howe waar 'n regter met assessore sit as met die juriestelsel waar die jurielede volslae leke op die gebied van die reg is.

Die gebruiklike toetse wat aangewend word om te bepaal of mens met 'n regsprekende liggaam te doen het, verskaf dus in elk geval nie die antwoord op alle probleemgevalle wat hulle kan voordoen nie. Dit ly egter geen twyfel dat krygsrade wel regsprekende handelinge verrig nie, veral as die *res judicata*-maatstaf toegepas word; die kernvraag is of hulle *howe* in die volle sin van die woord is of bloot administratiewe tribunale wat regsprekende funksies vervul, soos regter Conradie in die *Mönnig*-saak blykbaar aanvaar sonder om uitdruklik op die vraag in te gaan.

Die grootste haakplek lê onses insiens by die kategorisering van krygsrade eerder as by die wyse waarop hulle funksioneer. In eerste instansie pas hulle nêrens by die gewone hiërargie van howe in nie (nog 'n aanduiding wat deur Wiechers genoem word); hulle is nie howe van rekord nie, en derhalwe geld die beginsel van *stare decisis* byvoorbeeld nie tussen algemene en gewone krygsrade of tussen krygsrade in die algemeen nie. 'n Persoon wat deur 'n burgerlike hof op 'n bepaalde aanklag skuldig bevind is, kan nie weer op dieselfde aanklag deur 'n militêre hof verhoor word nie, maar iemand wat deur 'n militêre owerheid skuldig bevind is, kan ingevolge artikel 106 van die RVD wel ook op dieselfde aanklag deur 'n burgerlike hof verhoor word. Die burgerlike hof moet wel enige vonnis wat deur die militêre owerheid opgelê is, by vonnisoplegging in ag neem. Die feit dat hierdie besondere vorm van dubbele blootstelling feitlik nooit in die praktyk voorkom nie, doen nie aan die beginsel afbreuk nie. Verder gaan skuldigbevinding nie met 'n kriminele rekord gepaard nie, hoewel die oortreding natuurlik op die betrokkene se lêer aangeteken word. Indien hy byvoorbeeld van diefstal aangekla en tot detensie gevonnis word, en na sy ontslag uit die weermag weer in 'n burgerlike hof aangekla en skuldig bevind word, sal hy as 'n eerste oortreder behandel word. Op die keper beskou, wil dit lyk na 'n aanduiding dat die militêre hof dan tog nie 'n geregshof in die volste sin van die woord is nie.

Die treffendste anomalie lê egter daarin dat selfs 'n algemene krygsraad, wat besonder wye strafjurisdiksie besit, gemeenregtelike misdade soos diefstal kan verhoor, gevangenisstraf kan oplê (al word dit detensie genoem) en selfs die doodsvonnis kan uitspreek, aan die beslissings van landdroshowe gebonde is. Kan mens 'n instansie wat sulke wye jurisdiksie in strafsake besit, as 'n "tribunaal" bestempel sonder om afbreuk te doen aan die status van die liggaam en die gehalte van die geregtigheid wat dit uitdeel?

In hierdie verband is dit verder belangrik om te let op die verskil tussen krygsrade en die tuginstansies wat ingevolge die Polisiewet 7 van 1958 en die

Wet op Gevangenisse 8 van 1959 ingestel is. By albei hierdie wette word dissipline in 'n paar bepalings in die wet self gehanteer, en nie in 'n afsonderlike en gedetailleerde kode nie.

In die Polisiewet word die tugprosedure in Hoofstuk II onder die opskrif "Dissipline" tuisgebring. Artikel 9(1) bepaal dat 'n lid van die polisiemag wat 'n bepaling van die Polisiewet oortree of in gebreke bly om te voldoen aan 'n bevel wat ingevolge die wet uitgereik is, aan 'n misdryf skuldig is; die oortreding is strafbaar met gevangenisstraf van hoogstens ses maande, 'n boete of sowel gevangenisstraf as 'n boete. Aangesien niks gesê word oor wie jurisdiksie het om die aangeleentheid te verhoor nie, moet daar volgens algemene beginsels aanvaar word dat dit die landdroshof is. Artikel 9(2) maak wel voorsiening daarvoor dat 'n lid van die mag wat nie 'n offisier is nie, deur sy bevelvoerder verhoor kan word en by skuldigbevinding berispe of tot 'n boete van hoogstens R100 gevonnis kan word. Daar word soos in die geval van militêre verhore vir bekragtiging deur 'n senior-offisier, asook vir appèl na die Kommissaris van Polisie voorsiening gemaak. 'n Offisier kan ingevolge artikel 10 van wangedrag aangekla word; die Minister van Polisie of die kommissaris kan 'n raad van ondersoek bestaande uit offisiere met dieselfde of hoër rang as die aangeklaagde offisier, of landdroste aanstel om die klag te ondersoek. Daar word ook hier vir appèl na die minister voorsiening gemaak. Die offisier kan by skuldigbevinding berispe of gewaarsku word, of tot 'n boete of salarisverlaging gevonnis word. Daar word ook vir moontlike skorsing voorsiening gemaak (a 14). "Wangedrag" word omskryf as 'n oortreding van die Polisiewet of die pleeg van enige ander misdryf. Dit is van besondere belang dat artikel 12 bepaal dat die beskuldigde of betrokkene by enige verhoor of ondersoek ingevolge die wet of ingevolge die regulasies op regsverteenwoordiging geregtig is. Dit is ook interessant dat 'n aanklag ingevolge artikel 9(2) of 10 lede van die mag nie vrywaar teen vervolging in 'n geregshof nie, en dat 'n lid van die mag wat in 'n hof op 'n bepaalde aanklag vrygespreek of skuldig bevind is, ook nie daardeur gevrywaar word teen 'n aanklag ingevolge bogenoemde artikels nie.

Wat die Wet op Gevangenisse betref, maak artikel 50 uitdruklik voorsiening vir die verhoor van oortredings van die wet deur lede van die gevangenisdiens deur 'n landdros. Verder maak artikel 53 voorsiening vir 'n verhoor van 'n lid van die diens deur 'n offisier weens 'n oortreding wat nie ingevolge die wet self tot 'n misdryf verklaar is nie. By skuldigbevinding kan die persoon deur die offisier berispe, twee van sy vry dae ontneem of 'n boete opgelê word. Voorsiening word in artikel 55 gemaak vir sowel appèl (op aansoek van die beskuldigde) as hersiening (na goeddunke van die Kommissaris van Gevangenisse) deur die kommissaris. 'n Aanklag van wangedrag deur 'n offisier kan deur 'n raad van ondersoek verhoor word. Die samestelling van en prosedure wat deur so 'n raad gevolg word, stem grootliks ooreen met dié ingevolge die Polisiewet; die straf word egter deur die minister opgelê op aanbeveling van die raad of die minister, en kan die vorm van 'n waarskuwing of berisping of 'n boete aanneem (of in sekere omstandighede 'n verwysing na die Staatspresident, wat kan gelas dat die minister sekere stappe teen die betrokkene doen).

Weer eens word daar vir die reg op regsverteenwoordiging in alle gevalle voorsiening gemaak (a 58(2)); anders as in die geval van die Polisiewet bepaal artikel 60 egter dat lede van die diens wat ingevolge 'n misdryf ingevolge die Wet op Gevangenisse skuldig bevind is nie weens dieselfde oortreding verhoor

mag word nie. Aangesien "wangedrag" egter ook die pleeg van enige ander misdrywe insluit, kan daar afgelei word dat die vrywaring nie tot oortredings van 'n meer algemene aard strek nie.

Dusver is daar in militêre verband slegs na krygsrade verwys, en nie na summiere verhore nie. Die kategorisering van laasgenoemde is besonder netelig: die verhore word deur senior offisiere (met geen formele regsopleiding afgesien van dit wat deur die militêre owerheid self voorsien word nie) behartig; hulle vind nie in die openbaar plaas nie – slegs die beskuldigde, die getuies en die betrokke offisiere is aanwesig; hoewel die RVD nie uitdruklik bepaal dat die beskuldigde nie op regsverteenwoordiging geregtig is nie, is dit nie gebruiklik dat 'n beskuldigde aldus bygestaan word nie (dit word as die plig van die verhooroffisier beskou om toe te sien dat die beskuldigde nie benadeel word nie). Ook beteken skuldigbevinding nie dat die skuldige hom 'n kriminele rekord op die hals haal nie. Tot op hierdie punt lyk die proses dus eerder na 'n administratiewe (kwasie-judisiële, soos dit tradisioneel bekend staan) handeling as na 'n regsprekende handeling; maar weer is daar die teenstrydigheid verbonde aan die jurisdiksie om 'n gemeenregtelike misdaad soos diefstal te verhoor, en om 'n vonnis van detensie uit te spreek. Dit wil verder ook voorkom of die reël teen *res judicata* hier toepassing vind: indien 'n bevelvoerder dus 'n manskap verhoor en een of ander fout betreffende die regsproses begaan, kan hy nie die fout self regstel wanneer hy daarvan bewus word nie – dié taak word aan die hersienende instansie oorgelaat. Ten slotte word dit waaraan die weermaglid skuldig bevind word, as 'n misdryf bestempel en nie as wangedrag nie.

Die treffendste verskil tussen tugoptrede ingevolge die Polisiewet en die Wet op Gevangenisse aan die een kant en verhore deur militêre owerhede aan die ander kant (sy dit krygsrade of offisiere wat by summiere verhore voorsit) is dat die strafjurisdiksie van die militêre owerhede aansienlik wyer strek en dat die gevolge van skuldigbevinding vir die beskuldigde oneindig ernstiger is ten spyte van die hoë mate van ooreenstemming tussen die omstandighede waarin die drie magte funksioneer.

'n Volgende aspek wat in die saak na vore gekom het en aandag verdien, is dié van die aard van die hersieningsprosedure by krygsrade. Indien 'n oortreder deur 'n krygsraad gevonnis is, tree die vonnis nie in werking voordat die bevinding en vonnis deur die betrokke beleggende outoriteit bekragtig is nie (a 96 van die RVD). Kragtens artikel 100 van die RVD kan die oortreder binne 48 uur nadat hy deur die krygsraad gevonnis is, skriftelike vertoë met betrekking tot die geldigheid of regverdigheid van die bevinding of vonnis rig aan die beleggende outoriteit wat die bekragtigingsbevoegdheid het; sodanige outoriteit moet kennis neem van die vertoë by die oorweging van die vonnis en bevinding. Die krygsraad moet na vonnis die beskuldigde daarop wys dat hy die reg tot bedoelde vertoë het (reël 76(7) van die reëls om uitvoering te gee aan die bepalings van die RVD). Nadat die vonnis bekragtig is, moet die notule van die verrigtinge so gou as moontlik na die betrokke hersieningsoutoriteit gestuur word vir hersiening. Indien die krygsraad belê is deur 'n bevelvoerder van 'n kommandement, groep, brigade of gelykstaande eenheidsgroep, is die betrokke stafhoof of divisie- of gelykstaande bevelvoerder die toepaslike hersieningsoutoriteit. Na uitoefening van die hersieningsbevoegdhede word die notule van die verrigtinge aan die Adjudant-Generaal gestuur vir oorweging (a 108 van die RVD). Sou die Adjudant-Generaal van mening wees dat reg nie behoorlik geskied het nie, word

die notule van die saak, tesame met sy eie sienswyse daaroor, aan die Bevelvoerende Generaal, Suid-Afrikaanse Weermag vir hersiening voorgelê (a 110 van die RVD). Indien die krygsraad belê is deur 'n stafhoof of divisie- of gelykstaande bevelvoerder, word die notule vir hersiening na die Adjudant-Generaal gestuur, wat dit op sy beurt vir hersiening aan die Bevelvoerende Generaal, Suid-Afrikaanse Weermag voorlê (a 109 van die RVD). Die veroordeelde kan egter ook self vertoë aangaande die saak aan die betrokke hersieningsinstansie rig, welke vertoë behoorlik deur die betrokke hersieningsinstansie oorweeg moet word (a 111 van die RVD). In artikels 103 en 104 van die RVD word voorsiening gemaak vir outomatiese hersiening deur die hersieningsraad of -kommissie in gevalle waar die doodsvonnis of sekere ander swaar vonnisse deur 'n krygsraad opgelê is, maar dit is nie op die onderhawige geval van toepassing nie.

Alhoewel die Verdedigingswet in artikel 107 bepaal dat daar geen moontlikheid van appèl bestaan teen die vonnis of bevinding van 'n militêre hof nie, kan die beskuldigde kragtens artikel 112 van die RVD aansoek doen dat die verrigtinge van sy saak deur die hersieningsraad hersien moet word.

Henning en Nieuwenhuis "Defence" 7 *LAWSA* par 512 vn 1 is egter van mening dat die hersieningsraad eerder as 'n appèlliggaam as 'n hersieningsliggaam optree. Die hof het ook hierdie standpunt ingeneem:

> "The applicants had applied in terms of s 112 of the MDC for the 'review' of the proceedings in their case by the first respondent. This 'review' is really what civil, as opposed to military, lawyers would call a 'full appeal' in which, without any further evidence being presented, the merits of the case are considered" (873C).

(Sien ook die verwysing na "appeal" op 875E.)

In die aansoek kragtens artikel 112 van die RVD het die applikante aansoek gedoen dat die hersieningsraad die verrigtinge van hulle saak hersien. Die hersieningsraad het egter aangevoer dat die bepalings van die RVD geen uitdruklike magtiging aan die hersieningsraad gee om die bekragtiging van bevinding en vonnis deur die beleggende outoriteit te hersien nie en het dan ook geweier om dit te doen. Die eerste applikant het daarop in die hooggeregshof aangevoer dat die eerste respondent (die hersieningsraad) nagelaat het om aandag te gee aan die feit dat die tweede respondent (die beleggende outoriteit) nie sy pligte as bekragtigende outoriteit na behore uitgevoer het nie. Daar is aangevoer dat die bekragtiging van die bevinding en vonnis op 'n growwe onreëlmatigheid neerkom, en die betrokke krygsraad en die bekragtigende outoriteit het nie hierdie bewerings betwis nie. Die rekord van die krygsraad het feitlik 500 getikte bladsye beslaan. Die bekragtigende outoriteit het die bevinding en vonnis egter bekragtig op grond van slegs een staatsgetuie se getuienis, aangesien die volledige rekord van die krygsraad se verrigtinge hom eers die vorige middag bereik het. Daarby was sowel die president van die krygsraad as die bekragtigende outoriteit betrokke by die kampanje teen die ECC. Hierdie aspek van die saak kan op die oog af onbelangrik voorkom binne die wyer raamwerk van militêre regspleging in die algemeen, maar dit raak die kern van die hersieningsprosedure en dus die wedersydse kontrolemaatreëls wat in die militêre regstelsel ingebou is.

In die aansoek voor die hof is daar namens die eerste applikant bloot aangevoer dat die verwysing in artikel 115(1) na "the record of the proceedings of any case" wyd uitgelê moet word om die hersieningsraad se hersiening van die beleggende outoriteit se bekragtiging in te sluit. Daarteenoor het die tweede en derde respondente beweer dat die RVD nie 'n multivlak-hersieningsprosedure

geskep het waarbinne die hersieningsraad die beslissing van die bekragtigende outoriteit kan hersien nie. Alhoewel die hof nie hieroor spesifiek standpunt ingeneem het nie, aangesien die beslissings van al drie respondente ter syde gestel is, is die argumente van die respondente kommerwekkend. Dit blyk juis uit 'n analise van die outomatiese hersieningsprosedure dat die oogmerk van die bepalings was om 'n uitgebreide kontrolestelsel vir militêre howe daar te stel. Die proses van hersiening in die militêre regstelsel, hetsy outomaties of by wyse van aansoek, is juis 'n "multi-tiered" stelsel wat rondom die hiërargiese bevelstruktuur binne die SAW gebou is. Elke bevinding en vonnis deur 'n militêre hof word deur 'n voorgeskrewe, opeenvolgende "pyplyn" van hersieningsinstansies op hoër bevelsvlakke hersien in 'n poging om reg en geregtigheid te laat geskied, en dit wil voorkom of al drie die respondente nie die essensie van hersiening in die militêre regstelsel verstaan nie.

'n Analise van die bepalings van die RVD en die reëls om daaraan uitvoering te gee, dui egter ondubbelsinnig daarop dat 'n hersieningsraad wel die bevoegdheid het om die beslissing van 'n bekragtigende outoriteit te hersien. Kragtens artikel 101 van die RVD saamgelees met artikel 98 van die RVD kan 'n bekragtigende outoriteit die bevinding of enige van die bevindings bekragtig; of weier om dit te bekragtig; of indien hy die bevinding bekragtig, ook die vonnis bekragtig; of die vonnis wysig mits die gevolge daarvan vir die beskuldigde nie ongunstiger is nie; of die bekragtiging voorbehou. Indien die bekragtigende outoriteit weier om die bevinding van die krygsraad te bekragtig, word die beskuldigde geag vrygespreek te wees op die betrokke aanklag. Die bekragtigende outoriteit kan, indien hy oortuig is dat die bevinding van die krygsraad ongeldig is of nie deur die getuienis gestaaf word nie, òf die saak na die krygsraad terugverwys om 'n ander bevinding uit te bring en 'n ander vonnis op te lê indien die ander bevinding 'n vonnis sou vereis, òf self 'n ander bevinding en vonnis in die plek van dié van die krygsraad stel. Die bekragtigende outoriteit kan ook enige klaarblyklike fout in die vonnis of bevinding verbeter; of die saak na die krygsraad terugverwys om 'n bevinding of vonnis wat dubbelsinnig of verkeerd genotuleer is, te korrigeer of sodanige verbeterings self aanbring; òf indien die krygsraad se bevinding korrek is maar die vonnis ongeldig is, die bevinding bekragtig maar die vonnis na die krygsraad terugverwys om 'n geldige vonnis op te lê. (Die bewoording van veral artikel 101(3) van die RVD dui dus daarop dat dit hier nie net om hersiening van formele gebreke aan die bevinding en vonnis gaan nie, maar ook die meriete van die saak.) Kragtens artikel 94(2) van die RVD het 'n bekragtigende outoriteit ook die bevoegdheid om 'n vonnis van detensie in sy geheel of gedeeltelik vir hoogstens drie jaar op te skort. Verder kan 'n oortreder kragtens artikel 100 van die RVD binne 48 uur nadat hy deur 'n krygsraad gevonnis is, vertoë ten opsigte van die geldigheid of regverdigheid van die bevinding of vonnis van die krygsraad aan die bekragtigende outoriteit rig, en dié moet daarvan kennis neem by oorweging van die bevinding en vonnis. Kragtens artikel 107(1) van die RVD kan 'n bekragtigende outoriteit 'n krygsraad beveel om skriftelike redes vir enige beslissing of bevinding te verstrek. Reël 98(2) en (3) van die reëls om uitvoering te gee aan die RVD bepaal dat 'n bekragtigende outoriteit enige kommentaar kan lewer wat hy nodig ag vir die aandag van 'n hersieningsraad of -kommissie, ten opsigte van die notule van enige verrigtings waarby die doodstraf of enige ander swaar vonnis betrokke is. Afskrifte van sodanige kommentaar of vertoë moet deur die Adjudant-Generaal

aan die lede van die hersieningsraad of -kommissie voorsien word. Uit die voorafgaande blyk dus ondubbelsinnig dat die bekragtigende outoriteit nie bloot 'n "rubberstempel" is vir die bevinding en vonnis van die krygsraad nie, maar dat dit wel die saak na die krygsraad kan terugverwys of self 'n ander bevinding en vonnis in die plek van dié van die krygsraad kan stel, asook die meriete van die saak kan ondersoek. Met ander woorde, die bekragtigende outoriteit oefen ook uitdruklik-verleende hersieningsbevoegdhede ten opsigte van die bevindings en vonnisse van krygsrade uit en vorm dus deel van die multivlak-hersieningstruktuur binne die militêre regstelsel.

Artikel 116 van die RVD bepaal dat 'n bevinding of vonnis wat deur 'n bekragtigende of hersieningsoutoriteit of die hersieningsraad bekragtig, vervang of gewysig is, geag word die vonnis of bevinding te wees van die hof wat die vonnis oorspronklik gevel het. Die feit dat 'n vonnis nie in werking tree voordat dit deur die bekragtigende outoriteit bekragtig is nie, dat beskuldigdes vertoë kan rig aan die bekragtigende outoriteit, dat sodanige instansie bevindings en vonnisse van 'n krygsraad self kan wysig of na die betrokke krygsraad kan terugstuur vir korrigering, asook die feit dat die bekragtigende outoriteit vonnisse van detensie van 'n krygsraad kan opskort, dui voorts ondubbelsinnig daarop dat die optrede van 'n bekragtigende outoriteit wel tuisgebring *moet* word onder die begrip "verrigtings" in artikel 115 van die RVD en dat die hersieningsraad dit dus kan hersien. Ongelukkig het die eerste applikant se regsverteenwoordiger sy argument bloot op die betekenis van "verrigtings" in artikel 115 gebaseer.

Tereg kan aangevoer word dat artikel 115(3) van die RVD slegs daarvoor voorsiening maak dat 'n hersieningsraad 'n bevinding na 'n krygsraad kan terugstuur, en nie na die bekragtigende outoriteit nie. Dit beteken egter nie dat die hersieningsraad nie die bevinding van 'n bekragtigende outoriteit kan hersien en daarop kommentaar kan lewer nie. Na gesprekke met regsoffisiere in beide die Leër en die Lugmag wil dit voorkom of dit gebruiklik is dat die krygsraad en die hersieningsinstansies na elke saak deur middel van 'n omsendskrywe op foute gewys word. Indien geargumenteer word dat die hersieningsraad nie die optrede van 'n bekragtigende outoriteit kan hersien nie, word 'n belangrike skakel in die stelsel van kruiskontrole en hersiening deur hoër instansies in die militêre regstelsel uitgeskakel. Die gevolge van so 'n situasie blyk maar alte duidelik uit die onderhawige geval.

Indien dit nou nog onduidelik is of die hersieningsraad enige hersieningsbevoegdhede het ten opsigte van die bekragtigende outoriteit, behoort reël 128 van die reëls om uitvoering te gee aan die RVD so 'n probleem finaal die nekslag toe te dien. Die reël bepaal dat wanneer by die toepassing van die RVD enige aangeleentheid ontstaan waarvoor geen voorsiening gemaak is nie, moet die "gedragslyn" wat nie bots met die RVD nie en daarop gemik is om reg en geregtigheid te laat geskied, gevolg word.

Dit is duidelik dat hervorming hier nodig is om die status en aard van sowel krygsrade as summiere verhore op 'n gesonde grondslag te plaas. Dekriminalisering van die summiere verhoor is miskien 'n moontlikheid wat oorweging moet geniet, veral as in gedagte gehou word dat 'n mens hier slegs met minder ernstige oortredings te doen het. Gevolglik kan die summiere verhoor deur die bevelvoerder uit die sfeer van militêre howe geneem word en die regsstatus van

interne dissiplinêre verhore verkry analoog aan dié van die Polisie en Gevangenisdiens. (Vergelyk die voorstelle wat al dikwels gemaak is dat sekere verkeersoortredings, benewens parkeeroortredings, ook gedekriminaliseer word om gevolglik aan administratiewe eerder as kriminele sanksies onderworpe te wees.) Wat krygsrade betref, moet daar sekerlik duidelikheid verkry word oor hul posisie binne die hiërargie van die gewone howe: die krygsrade behoort herstruktureer te word binne die struktuur van die geregshowe met dienooreenkomstige wysigings aan hulle strafjurisdiksie, terwyl die unieke dissiplinêre karakter van die weermag behoue bly. So 'n stap sal meebring dat die dubbele blootstelling wat artikel 106 van die RVD meebring, moet verdwyn. Sekere minder ernstige misdrywe wat onder die jurisdiksie van die interne dissiplinêre tribunaal sal val, behoort ook duidelik afgebaken te word.

Of 'n krygsraad egter 'n geregshof *sui generis* is of bloot 'n administratiewe tribunaal met regsprekende bevoegdhede is 'n vraag wat nog beantwoord moet word, en 'n probleem waaraan daadwerklike aandag gegee moet word. Intussen behoort die meganismes en strukture wat deur die wetgewer daargestel is om reg en geregtigheid binne die militêre regstelsel te laat geskied, behoorlik toegepas te word om te voorkom dat die begrip "militêre reg" 'n *contradictio in terminis* blyk te wees.

GRETCHEN CARPENTER
CHRISTO BOTHA
Universiteit van Suid-Afrika

HUWELIK IN DIE OPE LUG: ARTIKEL 29(2) VAN DIE HUWELIKSWET 51 VAN 1961 IN HISTORIESE PERSPEKTIEF

Ex parte Dow 1987 3 SA 829 (D)

1 Inleiding

Die beslissing in *Ex parte Dow* het sonder veel opspraak verbygegaan. 'n Berig in 'n onlangse dagblad maak dit egter nodig om dooierus te neem en die hele aangeleentheid rondom die plek waar die huwelikseremonie plaasvind, kortliks weer in oënskou te neem. Onder die opskrif "Beboet oor troue in die ope lug" word in die dagblad vermeld dat 'n huweliksbeampte 'n paartjie op 'n seiljag in Tafelbaai in die huwelik bevestig het. Daar word verduidelik dat artikel 29(2) van die Huwelikswet 25 van 1961 verbied dat 'n huwelik in die ope lug geskied en inderdaad bepaal dat 'n huwelik "in 'n kerk, huis of soortgelyke bousel" gesluit "moet" word. As gevolg van hierdie oortreding van die bepalings van die Huwelikswet moes die huweliksbeampte 'n afkoopboete van R100 betaal.

Dit is betwyfelbaar of hierdie rigiede toepassing van die bepalings van die Huwelikswet in pas is met die interpretasie van artikel 29(2) wat in die jongste tyd die lig gesien het.

2 Artikel 29(2) in historiese konteks

In die *Dow*-beslissing het dit gehandel oor die korrekte interpretasie van artikel 29(2) van die Huwelikswet. Die artikel lui soos volg:

> " 'n Huweliksbevestiger moet 'n huwelik voltrek in 'n kerk of ander gebou wat vir godsdiensbeoefening gebruik word of in 'n openbare kantoor of private woonhuis met oop deure en in die teenwoordigheid van die partye self en minstens twee bevoegde getuies, maar die voorgaande bepalings word nie so uitgelê nie dat dit 'n huweliksbevestiger verbied om 'n huwelik in 'n ander as daarin genoemde plek te voltrek indien die huwelik weens die ernstige of langdurige siekte of die ernstige liggaamlike besering van een of albei van die partye in daardie plek voltrek moet word."

In casu is aansoek gedoen om die nietigverklaring van die huwelik aangesien daar nie aan die bepalings van artikel 29(2) voldoen is nie. Alhoewel die huwelik deur 'n behoorlik aangestelde huweliksbevestiger voltrek is, het die hele huwelikseremonie in die tuin van 'n huis in die ope lug plaasgevind. Die applikant steun hoofsaaklik op drie argumente ter stawing van sy standpunt dat die huwelik nietig is.

In die eerste plek verwys hy na die imperatiewe aard van die artikel, naamlik dat die huwelik voltrek "moet" word "in" die plekke soos voorgeskryf. Met verwysing na die ou bekende gewysdes *Sutter v Scheepers* 1932 AD 165 174 en *Messenger of the Magistrate's Court, Durban v Pillay* 1952 3 SA 678 (A) betoog die applikant dat nie-nakoming van die voorgeskrewe vereistes 'n sterk aanduiding daarvan is dat die wetgewer die huwelik met die sanksie van nietigheid wil tref.

Tweedens wys hy daarop dat die artikel uitdruklik bepaalde uitsonderings skep waar van die streng toepassing van die artikels se voorskrifte afgewyk mag word. Kennelik was daar in die onderhawige geval geen sprake van langdurige siekte of beserings nie. Gevolglik is hy van oordeel dat aangesien die omstandighede van die saak nie binne die statutêr-vermelde uitsonderings tuisgebring kan word nie, dit 'n verdere aanduiding van die bedoeling van die wetgewer is dat so 'n huwelik nietig is.

In die derde plek berus hy sy argument op die bepalings van artikel 35 wat voorskryf dat huweliksbevestigers wat wetens 'n huwelik in stryd met die bepalings van die Huwelikswet voltrek, aan 'n misdryf skuldig is en strafbaar is met 'n boete van hoogstens R100 of by wanbetaling daarvan met gevangenisstraf van hoogstens ses maande. Hierdie bepaling is na sy mening 'n verdere aanduiding daarvan dat dit die wetgewer se bedoeling was dat die voorskrifte van artikel 29(2) streng nagekom moet word.

In sy behandeling van die argument wys die hof op 'n neiging om weg te beweeg daarvan dat gebiedende bepalings tot die letter uitgevoer moet word. Daar behoort eerder gevra te word of die voorskrifte van sodanige gebiedende bepalings wesenlik nagekom is. Ter verduideliking van sy motivering dat artikel 29(2) nie streng letterknegtelik uitgelê hoef te word nie, verwys die hof na *Maharaja v Rampersad* 1964 4 SA 638 (A) 646C:

> "The enquiry I suggest is not so much whether there has been 'exact', 'adequate' or 'substantial' compliance with this injunction but rather whether there has been compliance therewith. This enquiry postulates an application of the injunction to the facts and a resultant comparison between what the position is and what, according to the requirements of the injunction, it ought to be. It is quite conceivable that a Court might hold that, even though the position as it is is not identical with what it ought to be, the injunction has nevertheless been complied with. In deciding whether there has been

> compliance with the injunction, the object sought to be achieved by the injunction and the question of whether this object has been achieved are of importance."

Om dus te bepaal wat die doel van die bepaling is, maak die hof 'n deeglike historiese studie wat kortliks soos volg opgesom kan word. In die Romeinse reg was die grondslag van die huwelik die wilsooreenstemming tussen die partye. Dit was die posisie selfs nadat die kerk die huwelik in die middeleeue onder sy jurisdiksie geneem het.

Ofskoon dit die praktyk was dat die partye hulle instemming om met mekaar in die huwelik te tree voor 'n priester moes bevestig het, was wilsooreenstemming steeds die grondslag van die huwelik. Die Vierde Lateraanse Konsilie van 1215 het voorgeskryf dat gebooie afgekondig moes word ten einde weg te doen met die gevare en misbruike wat na vore kon tree ingevolge 'n stelsel waar klandestiene huwelike kon voorkom. 'n Oortreding van hierdie voorskrifte het egter nie tot gevolg gehad dat die huwelik nietig was nie en klandestiene huwelike het steeds voorgekom. Gevolglik is daar in 1563 voorgeskryf dat die huwelik nietig sou wees indien die gebooie nie afgekondig is nie en indien die partye hulle instemming om met mekaar in die huwelik te tree nie voor 'n priester en ten minste twee getuies bevestig het nie.

Die hof kom dus tot die gevolgtrekking dat daar histories geen motivering daarvoor bestaan dat die huwelik binnenshuis voltrek moet word nie. Hy verwys ook na ordonnansies van Natal, Transvaal en die Oranje-Vrystaat wat almal in 'n mindere of meerdere mate bepaal dat 'n huwelik in 'n kerk of gebou wat vir kerklike byeenkomste gebruik word of in 'n privaatwoning met oop deure voltrek moet word. Daar word ook voorsiening gemaak vir die voltooiing van 'n register direk na voltrekking van die huwelik. Die hof kom tot die volgende gevolgtrekking:

> "In my view the object of these provisions was essentially to ensure that marriages took place in public, that the public were to be informed of intended marriage so that any objections could be raised, and that a register to which the public had access be kept. The constant reference to open doors is an indication that the public were to be permitted access to every marriage ceremony, the mischief being clandestine marriages."

Die hof verduidelik voorts dat hy nie die motivering van die voorskrif dat 'n huwelik "in" 'n private woonhuis instede van "te" 'n private woonhuis kan bepaal nie.

Ten slotte verduidelik die hof dat die huweliksverhouding dermate belangrik is en dat die gevolge van die nietigverklaring van die huwelik so drasties is dat hy van oordeel is dat dit nie die wetgewer se bedoeling kon wees om die huwelik weens nie-nakoming van 'n tweeletter-woord "in" met die sanksie van nietigheid te tref nie.

Die aansoek word gevolglik van die hand gewys.

3 Evaluering

Die woorde "moet" en "in" in artikel 29(2) is reeds geruime tyd 'n bron van regsonsekerheid en die uitspraak in die *Dow*-gewysde word van harte verwelkom. Terwyl skrywers soos Barnard, Cronjé en Olivier (*Die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg* (1986) 162) en Hahlo (*The South African law of husband and wife* (1985)) die aangeleentheid ooplaat en geen definitiewe uitsprake oor die interpretasie van hierdie woorde lewer nie, merk Van der Vyver en Joubert (*Persone- en familiereg* (7)) op dat "met oop deure" bloot beteken dat die huwelik

nie in die geheim in 'n private woonhuis voltrek mag word nie. Hulle bied egter geen motivering vir dié gevolgtrekking nie.

Myns insiens is die redenasie van die hof suiwer en bied die historiese aanloop ter motivering van die gevolgtrekking die regte uitleg van die dwingende voorskrifte van artikel 29(2). Verdere stawing vir die hof se gevolgtrekking aangaande die wyse waarop dwingende statutêre voorskrifte in hierdie verband uitgelê moet word, is veral te vinde in ontwikkelinge rondom die huwelik van minderjariges. In hierdie verband kan verwys word na artikel 24(A) van die Huwelikswet wat deur artikel 34 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 ingevoeg is. Voor die inwerkingtreding van artikel 24(A) was daar 'n mate van onsekerheid of die huwelik van 'n minderjarige gesluit sonder ouerlike toestemming nietig of vernietigbaar is, welke onsekerheid teweeggebring is deur die saamlees van artikel 17 van die Ewige Edik van 1540 en artikel 13 van die Politieke Ordonnansie van 1580. Artikel 24(A) bepaal nou dat 'n huwelik tussen persone van wie een of albei minderjarig is nie nietig is slegs omdat die ouers of voog van die minderjarige nie daartoe toegestem het nie.

Daar kan dus na aanleiding van die wetgewer se houding oor die huwelike van minderjariges sonder ouerlike toestemming, naamlik dat sodanige huwelike nie nietig is nie, enersyds tot die gevolgtrekking geraak word dat 'n rigiede toepassing van dwingende voorskrifte in die huweliksreg, waaronder dan artikel 29(2), nie noodwendig houdbaar is nie. Andersyds is die artikel 'n klaarblyklike aanduiding dat die wetgewer klandestiene huwelike nie met dié mate van afkeur bejeën as wat algemeen aanvaar is nie.

Dit wil voorkom of die tyd gekom het dat die wetgewer weer oor die relevansie van artikel 29(2) moet besin. Soos in *Ex parte Dow* aangedui word, het hierdie bepaling geen aanvaarde regshistoriese grondslag nie en is die euwel van klandestiene huwelike wat die wetgewer klaarblyklik deur die voorskrifte van artikel 29(2) wou hokslaan, luidens die uitleg van artikel 24(A) eweneens van mindere omvang.

JA ROBINSON
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

COMFORT LETTERS

Kleinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corporation Berhad 1989 1 All ER 785 (CA)

1 Introduction

> "Comfort letters, despite their name, are not letters containing statements of commiseration sent by bankers to companies suffering from financial and other problems."

(Ivison and Naccarato "Comfort letters: Are they legally binding?" 1989 *Business LR* 311.) On the contrary, comfort letters (also known as letters of awareness,

letters of intent, side letters, letters of responsibility, cold letters, keep-well letters, *lettres de patronages*, *Patronatserklärungen*, *lettere di conforto*; *hensigtserklaering* or *gerusstellingsbriewe*) can generally be defined as letters usually written by parent or holding companies, or even by governments, to lenders giving comfort – acknowledging a moral but not legally enforceable liability – about loans made to subsidiaries or public entities. (For detailed definitions see David "Comfort letters" 1986 *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 3; Gerth *Atypische Kreditsicherheiten* (1980) 29 *et seq*; Gibbens "Letters of comfort – Kleinwort Benson v Malaysian Mining Corp Berhad" 1989 *Banking and Finance LR* 222; Franken "The force of comfort letters under German law" 1985 *International Financial LR* 14; Frignani *Fonti del diritto del commercio internazionale* (1986) 55–58; Hanamizu "Comfort letters" 1986 *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 5; Ivison and Naccarato 1989 *Business LR* 311; Lingard "Comfort letters under English law" 1986 *International Financial LR*; McBain "Comfort letters, contractual or moral obligations" 1986 *International Banking Law* 69; Note "A comfort letter may create a contractual obligation" 1988 Feb *Business Law Brief* 4; Note "Letters of responsibility" 1978 *International Business Lawyer* 288; Parsons "Comfort letters" 1986 *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 7; Sacasas and Wiesner "Comfort letters: the legal and business implications" 1987 *Banking LJ* 313; Schröder "Die 'harte' Patronatserklärung -verschleierte Bürgschaft/Garantie oder eigenständiger Kreditsicherungstyp?" 1982 *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht* 552; Sedlak "Comfort letters" 1986 *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 6; Terray "Letters of comfort in French law" 1983 *International Financial LR* 35; Von Schönfield "Comfort letters" 1986 *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 3; Wissum "Comfort letters under Danish law" 1987 *International Financial LR* 23; Wood *Law and practice of international finance* (1980) 307–309; Wood "The uncomfortable comfort letter" 1988 *International Financial LR* 21.)

Comfort letters are designed as a

> "compromise between, on the one hand, a guarantee by the parent company of the debts of its subsidiary and, on the other, a placebo which gives no undertaking at all by the parent company".

(Per Staughton J in *Chemco Leasing Spa v Rediffusion plc* (QBD) 1985–07–19 (unreported); upheld 1986 CA (transcript 1115); cited in *Kleinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corporation Bhd* 1988 1 All ER 714 720.) Clearly, comfort letters can therefore be said to occupy the rather barren juridical ground between the field of enforceable guarantees and the sea of insolvency with lenders naturally trying to interpret comfort letters as enforceable guarantees and comfort givers offering to acknowledge the existence of a transaction but denying responsibility if anything goes wrong. Indeed, it has been said that the amorphous world of comfort letters lies somewhere between a full-service downstream guarantee and simply suffering the adverse effects on one's business reputation (Gibbens 1989 *Banking and Financial LR* 222).

Comfort letters, although used extensively in the South African legal practice, have not so far attracted much attention from South African courts or academics. (See however Faul "Letters of comfort" 1990 *TSAR* 73–85. In *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen* 1980 4 SA 156 (W) 168, Margo J referred to comfort letters but without defining the concept. See Radesich and

Trichardt "Comfort letters: are they binding under South African law?" 1988 *De Rebus* 795; Kilbourn *Gerusstellingsbriewe: morele of juridiese verpligting*? (unpublished LLB dissertation RAU 1988) and Kerr *The principles of the law of contract* (1989) 35.) South African lawyers are therefore compelled to monitor foreign legal developments concerning comfort letters. For this reason the recent judgment of the English court of appeal in *Kleinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corporation Bhd* deserves attention.

2 Facts

The defendants, the Malaysia Mining Corporation (MMC), formed a wholly-owned subsidiary, M, to operate as a ring-dealing member of the London Metal Exchange. To provide extra funding to supplement M's paid up capital, the plaintiffs, Kleinwort Benson Ltd (KB), agreed with MMC to make a loan facility of up to £10m available to M. MMC, who were neither prepared to guarantee M's borrowings nor to assume joint and several liability for these, but nevertheless furnished KB with two comfort letters which were in substantially identical terms. Paragraph 3 of the comfort letters stated that (786)

> "[i]t is our policy to ensure that the business of MMC Metals Limited (M) is at all times in a position to meet its liabilities to you under the above arrangements (loan facility arrangements)".

In 1985 the international tin market collapsed. At this stage M owed the plaintiffs the entire amount of the facility. M went into liquidation and KB sought payment of the amount owing from MMC. MMC, however, refused to pay and KB subsequently brought an action against them to recover the amount owing. Hirst J, at first instance (*Kleinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corporation Bhd* 1988 1 All ER 714; 1988 1 WLR 799) gave judgment in favour of KB. The court *a quo* held that *Edwards v Skyways Ltd* (1964 1 WLR 349; 1964 1 ALL ER 494) was binding authority for the principle that where an agreement relates to a commercial transaction, there is a presumption in favour of an intention to create legal relations. The party who asserts that there is no such intention bears the burden of rebuttal. It was held further that the two comfort letters came into existence as an integral part of a commercial banking transaction. Paragraph 3 of the comfort letters was an important feature and constituted a contractual undertaking. KB had relied upon paragraph 3 and it was of great importance to KB that MMC should ensure that M could meet its substituted liabilities under the letters of comfort. Because MMC failed to rebut the above-mentioned presumption, KB was entitled to claim damages for breach of contract against MMC for £10 004 499,25 together with interest of £2 257 824,64, making a grand total of £12 262 323,89. (For a discussion of the decision of the court *a quo*, see Davenport "A very comfortable comfort letter" 1988 *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 290; Moore; "Comfort Letters – comfort for lenders?" 1988 *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 334; Sacasas "The comfort letter trap: parent companies beware" 1989 *Banking LJ* 1973.)

3 The issue

The central issue in this case was whether paragraph 3 of the comfort letters, considered in its context, was a contractual promise giving rise to contractual liability. It is interesting to note that the action of Kleinwort Benson Ltd was for breach of contract and not for misrepresentation.

4 The decision

The court of appeal *per* Ralph Gibson LJ held that paragraph 3 did not amount to a contractual promise. The arguments raised to support this decision can briefly be summarised as follows:

(a) The court *a quo* placed strong reliance on the presumption described in *Edwards v Skyways Ltd* namely, that since the letter of comfort was entered into in a commercial context this conferred on it a contractual status and accordingly there was a heavy onus on the defendants to prove that there was no intention to create contractual relations. The court of appeal, however, maintained that *Edwards v Skyways Ltd* had no application to the issues in this case and that the court *a quo* had erred in citing the decision as authority for the conclusion that the comfort letters were binding. *Edward v Skyways Ltd* was merely authority for the proposition that a presumption in favour of an intention to create legal relations arose where a promise or a warranty was shown to have been made; whereas the issue in *Kleinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corp Bhd* was whether or not the comfort letter constituted a contractual promise in the first place. *In casu* the wording used and the background evidence did not typify the relevant words as a promise of future conduct. Indeed, the words pointed to the contrary. Paragraph 3 contained no express words of promise or warranty. Paragraph 3 merely contained a statement of present fact and not a promise as to future conduct, and in the absence of express words to the contrary or evidence of a contrary intention, it could not be enforced by KB as a contractual promise to ensure repayment, even though the letter was given for the purpose of inducing KB to make the loan.

(b) In order for paragraph 3 to constitute a promise as to future conduct, the words *and will be* should be inserted so that the relevant paragraph reads as follows: "It is *and will be* our policy to ensure . . ."

(c) The concept of a comfort letter, to which the parties had recourse when the defendants, MMC, refused to assume joint and several liability or to give a guarantee, was known by both sides at least to extend to or to include a document under which MMC would give comfort to KB, not by assuming a legal liability to ensure repayment of the liabilities of M, but by assuming a moral responsibility only (*Kleinwort Benson* case (CA) 795c–d).

(d) If paragraph 3 had been intended to contain a binding legal promise by MMC, there would have been no apparent need or purpose for paragraphs 1 and 2 which both MMC and KB regarded as contractually binding. The purpose of paragraphs 1 and 2 was to confirm that MMC knew and approved of the granting of the facilities and to confirm that they would not reduce their current financial interest in M until the facilities had been repaid or until KB had consented to a reduction.

(e) The court of appeal acknowledged that KB had suffered grave financial loss, but concluded that the consequences of MMC's decision to repudiate its moral responsibility were not matters within the court's purview, and also refused KB's request to appeal to the House of Lords.

5 Comment

(1) There is a difference between comfort letters and guarantees. Comfort letters are instruments issued by a parent company to the creditors of its subsidiary instead of simple straightforward guarantees. The language of comfort letters is

usually (intentionally) ambiguous and unclear. Claims are generally not for a liquidated sum, but for damages, the quantification of which may be quite difficult. A guarantee, on the other hand, implies the assumption of a primary obligation. (For various meanings of the word "guarantee" under South African law, see Cilliers "Waarborg en garansie in die Suid-Afrikaanse kontraktereg" 1962 *THRHR* 244; Kahn "Guarantee – what a word!" 1973 *Businessman's Law* 28; Pretorius "*Diners Club South Africa (Pty) Ltd v Durban Engineering (Pty) Ltd* 1980 3 SA 53 (A)" 1982 *THRHR* 73; Caney *The law of suretyship in South Africa* (1982).) A guarantee is usually drawn in clear language. It usually contains stringent and detailed provisions to facilitate prompt enforcement in case of default by the principal debtor and it may give rise to a pure monetary claim for a precisely ascertainable figure.

There are various reasons why a parent company may prefer to issue a comfort letter instead of a guarantee. For instance, the parent company may wish to avoid any legal obligation and merely make a policy statement, or it may not want to show its commitment as a contingent liability in its balance sheet. (For other reasons why comfort letters may be preferable to guarantees see Frignani 55; Radesich and Trichardt 1988 *De Rebus* 796.)

(2) A comfort letter can give rise to contractual obligations only if it is itself a contract. For a comfort letter to be a contract, it must have been concluded with the intention of creating an obligation or obligations and all the other requirements for the conclusion of a valid contract must have been complied with. In this regard, aspects most likely to cause difficulties are:

- whether there was an intention to create a legal relationship;
- whether the terms of the comfort letter are definite enough to form an enforceable contract; and
- whether the meaning of the terms can be ascertained and to what extent they will be enforced.

There are various pointers that may be utilised to solve these difficulties (see Joubert *General principles of the law of contract* (1987) 59–65):

(a) The intention must be determined from the language used in any particular comfort letter.

(b) Each word in the comfort letter should be given its normal grammatical meaning, except if this leads to an absurdity or an uncontemplated situation or if it can be proved that the word was used in its technical sense.

(c) The comfort letter should be interpreted as a whole.

(d) Evidence of background circumstances is always admissible. Evidence of surrounding circumstances is admissible only if the language is ambiguous. However, the case law is hardly settled as to the difference between background circumstances and surrounding circumstances (*Swart v Cape Fabrix (Pty) Ltd* 1979 1 SA 195 (A)).

(3) It appears to be possible for a comfort letter to be contractually binding in part but not as a whole. This was the conclusion of the court of appeal in the *Kleinwort Benson* case, since both parties acknowledged the contractual status of the first two paragraphs of the relevant comfort letters.

(4) The case under discussion investigated the potential contractual status of comfort letters only. No mention was made of alternative bases of liability.

There is, however, no reason why delict or estoppel cannot serve as alternative bases of liability (see also Prentice "Letters of comfort" 1989 *LQR* 348).

(5) The use of comfort letters, as opposed to other forms of obligation, like guarantees, may give rise to an initial inference that the parties do not wish to create legal obligations. This inference may be verbally reinforced or dispelled by the actual language of the comfort letters. Comfort letters should therefore be drafted meticulously to reflect clearly the true intention of the parties. Particular attention should be paid to the nature, extent and the duration of the assistance that a parent company intends giving its subsidiary (see Radesich and Trichardt 1988 *De Rebus* 797; Davenport 1988 *Lloyd's Maritime and Commercial Law Authority* 294).

(6) As Ayres and Moore (" 'Small comfort' letters" 1989 *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 284) point out, the court of appeal, in examining the facts, may be commended for its grasp of the commercial context in which the comfort letters were written, because it recognised the two important points set out above in paragraphs 4 (c) and (d). The decision of the court of appeal acknowledges the bargaining which occurs in the market place, and highlights the inherent dichotomy in the concept of a comfort letter:

> "On the one hand, the wording must not render the parent legally liable for the debts of its subsidiary. On the other hand, the letter must give as much comfort as possible so that the lender can expect that the subsidiary will meet its obligations."

(Ayres and Moore 1989 *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 284.) De Zagon and Schreiner ("Releasing the comfort letter trap" 1989 *Banking LJ* 404), however, remark that the decision of the court of appeal is itself disingenuous, because although the court held that MMC made no contractual promise, it based its finding more on the commercial usage and history of comfort letters than on the intent and understanding of the parties. An alternative interpretation of the language used in the letter is as reasonable as the one chosen by the court of appeal.

(7) It is important to note that the court of appeal agreed with the court *a quo* that, according to its wording and the intention of the parties, a comfort letter may create not only a moral obligation but may contain a legally binding undertaking. The difference between the court of appeal and the court *a quo* is whether as a matter of construction, the case falls on this side of the dividing line or the other, which is a matter of opinion (see Editorial "When a comfort letter does not create a legal obligation" 1989 *Journal of Business Law* 96–97).

(8) A great many comfort letters are in circulation, and although the *Kleinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corp Bhd* saga has ended since leave to appeal to the House of Lords has been refused, it may not be the last case on the legal status of comfort letters. Indeed, should a South African court be called upon to interpret a comfort letter, difficulties are likely to be encountered despite the guidance of the reported English decisions on comfort letters.

GIORGIO RADESICH
South African Cultural Attaché, Rome
ANTON TRICHARDT
Johannesburg Bar

NOMINALE ONDERHOUD

Qoza v Qoza 1989 4 SA 838 (Ck)

Die reg om onderhoud van 'n ander persoon te eis, kan uit verskillende oorsake ontstaan, naamlik bloedverwantskap, huweliksluiting, ooreenkoms en 'n hofbevel.

Vanaf die oomblik van huweliksluiting bestaan daar 'n wedersydse onderhoudsplig tussen die gades wat deur die beeïndiging van die huwelik, hetsy deur die dood (wat hier nie verder bespreek word nie), hetsy deur egskeiding tot 'n einde kom. Die hooggeregshof kan egter by egskeiding 'n onderhoudsbevel toestaan ten spyte daarvan dat die huwelik ontbind word (Hahlo *The South African law of husband and wife* (1985) 354).

Artikel 7(1) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 bepaal die volgende:

> " 'n Hof wat 'n egskeidingsbevel verleen, kan in ooreenstemming met 'n skriftelike ooreenkoms tussen die partye 'n bevel gee met betrekking tot die verdeling van die bates van die partye of die betaling van onderhoud deur die een party aan die ander."

Indien die gades nie tot 'n ooreenkoms in verband met onderhoud kan kom nie, magtig artikel 7(2) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 die hof om met inagneming van sekere faktore, 'n onderhoudsbevel teen die een gade ten gunste van die ander te verleen.

Artikel 7(2) lui soos volg:

> "By ontstentenis van 'n bevel gegee kragtens subartikel (1) met betrekking tot die betaling van onderhoud deur een party aan die ander kan die hof, met inagneming van die bestaande of verwagte vermoëns van elk van die partye, hulle onderskeie verdienvermoëns, finansiële behoeftes en verpligtinge, die ouderdom van elk van die partye, die duur van die huwelik, die lewenspeil van die partye voor die egskeiding, hulle gedrag vir sover dit op die verbrokkeling van die huwelik betrekking het, 'n bevel ingevolge subartikel (3) en enige ander faktor wat na die oordeel van die hof in aanmerking geneem behoort te word, 'n bevel gee wat die hof billik ag met betrekking tot die betaling van onderhoud deur die een party aan die ander vir enige tydperk tot die dood of hertroue van die party ten gunste van wie die bevel gegee is, na gelang die een of die ander eerste plaasvind."

Die blote bestaan van 'n verhouding waarin die reg op onderhoud ter sprake kan kom, bring nie outomaties mee dat onderhoud betaal moet word nie. Daar moet aan sekere basiese vereistes voldoen word alvorens 'n onderhoudsplig of -reg bestaan. Die persoon wat op onderhoud aanspraak maak, moet naamlik aantoon dat daar 'n behoefte aan onderhoud bestaan en dat die ander party die vermoë het om 'n bydrae tot die onderhoud te maak (Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* (1985) 691; Boberg *The law of persons and the family* (1977) 249). Ook by onderhoud na egskeiding moet die eiser aan hierdie vereistes voldoen om te slaag: hy moet dus bewys dat hy 'n bydrae tot sy onderhoud benodig (*Jodaiken v Jodaiken* 1978 1 SA 784 (W) 789B) en dat die verweerder in staat is om die gevraagde onderhoud te betaal (*Oberholzer v Oberholzer* 1947 3 SA 294 (O) 297; *Croes v Croes* 1960 4 SA 211 (K) 212E).

Indien dit egter blyk dat daar ten tyde van die egskeiding geen onderhoudsbehoefte bestaan nie of dat die verweerder nie oor die vermoë beskik om onderhoud te betaal nie, het die praktyk ontstaan om 'n nominale bedrag (byvoorbeeld R1,00 per maand) as onderhoud toe te ken. In sommige sake

word die toekenning van die nominale onderhoud op billikheid gebaseer omdat 'n onderhoudsbevel slegs saam met die egskeidingsbevel verleen kan word (*Ford v Ford* 1965 1 SA 264 (D) 265H; *Swart v Swart* 1980 4 SA 364 (O) 376; *Brink v Brink* 1983 3 SA 217 (D) 219E–H). In ander gevalle word voorsien dat die omstandighede waarskynlik binne 'n voorsienbare tyd kan verander sodat onderhoud in die toekoms benodig sal word of betaal sal kan word (*Kruger v Kruger* 1980 3 SA 283 (O) 287C; *Portinho v Portinho* 1981 2 SA 872 (A) 883B). Die hoofoorweging wat tot hierdie praktyk aanleiding gegee het, is dat die hof slegs ten tyde van die egskeidingsaksie, en nie daarna nie, 'n onderhoudsbevel kan verleen. Hierdie nominale onderhoud kan dan later in substansiële onderhoud verander word wanneer die omstandighede verander en dit noodsaaklik word (a 8 van die Wet op Egskeiding 70 van 1979).

Die toekenning van onderhoud berus steeds by die diskresie van die hof, dit wil sê 'n gade het nie by egskeiding reg op onderhoud nie.

In *Lincesso v Lincesso* 1966 1 SA 747 (W) laat regter Vieyra hom soos volg daaroor uit:

> "This provision [artikel 10(1) van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953] has been the subject of judicial consideration in all Provinces and it seems to me that the view generally taken is that an innocent plaintiff is not entitled to claim maintenance as of right, but that the Court is given a general discretion. The Legislature has not deemed it wise to fetter that discretion in any way nor to lay down the grounds upon which it is to be exercised. I agree with respect with Herbstein, J., in *Croes v Croes* 1960 (4) SA 211 (C) at p 212, that:
>
> 'where a statute gives a Court a general discretion . . . that Court should not attempt to limit such discretion by laying down any hard and fast rules'.
>
> But it must be borne in mind, nevertheless, that at common law not even an innocent spouse could claim a right to maintenance."

In die verlede het verskeie gevalle voorgekom waar die eiser nie ten tyde van die egskeiding 'n daadwerklike behoefte aan onderhoud kon bewys nie, maar waar nominale onderhoud tog toegestaan is. Die toekenning van nominale onderhoud is reeds in 1965 deur 'n Suid-Afrikaanse hof in *Ford v Ford supra* erken en het daarna in verskeie egskeidingsgedinge ter sprake gekom (*Lincesso v Lincesso supra*; *Stacy v Stacy* 1976 4 SA 365 (W); *Nel v Nel* 1977 3 SA 288 (O); *Hurn v Hurn* 1978 3 SA 252 (OK); *Zeeman v Zeeman* 1979 2 SA 223 (K); *Swart v Swart supra*; *Portinho v Portinho supra*; *Brink v Brink* 1983 3 SA 217 (D)).

Oor die vraag of nominale onderhoud in bepaalde gevalle toegestaan kan of moet word of nie, is die howe nie eensgesind nie. In *Swart v Swart supra* 376E–F sê regter Flemming:

> "Ondanks die kritiek op die maak van 'nominale' onderhoudsbevele . . . sou ek hier bereid wees om 'n 'nominale' onderhoudsbevel te maak, *nie ten einde 'n leemte in die Wet aan te vul of 'n reg op wysiging te verleen wat die Wet nie beoog nie, maar om te bevestig dat dit reg en billik is dat eiseres nie op haarself aangewese is nie* maar terselfdertyd te toon dat die uitval van die samelopende oorwegings wat op die oomblik heers, is dat die omvang van haar aanspraak op die huidige en in die onmiddellike toekoms nul is. Eiseres . . . kan oorval word deur siekte, verminking of totale verlies van bates weens brand of die maak van 'n swak belegging" (my kursivering).

In *Zeeman v Zeeman supra* 255D–G sit regter Friedman die beginsels wat op nominale onderhoud van toepassing is, soos volg uiteen:

> "What emerges from these decisions is that the Court has a very wide discretion when it comes to a question of ordering the payment of token maintenance. Without in any way seeking to limit the wide discretionary powers which vest in the Court under s 10(1)(a)

> of Act 37 of 1953, it seems to me that the following are the main principles which would normally operate: Firstly, token maintenance will not be ordered merely in order to overcome the legislative *lacuna* whereby the Court is prevented from ordering the payment of maintenance after divorce if no order has been made at the time of the divorce. If this were to constitute a ground for making an order for token maintenance, it could never be refused as it could not be said in regard to any plaintiff that he or she will never require maintenance in the future. Secondly, if the facts indicate that the plaintiff would be entitled to maintenance but that she does not require maintenance at the date of the divorce, although she will probably require it at a later stage, the Court would be justified in exercising its discretion in her favour and ordering the payment of a nominal amount. Thirdly, if she would ordinarily have been entitled to maintenance, but her husband's financial position is such that he will be able to afford to pay maintenance only at a later stage, an order for token maintenance would also be justified."

(Sien ook in die verband Schäfer "Token Maintenance" 1980 *THRHR* 57 ev.)

Diegene wat teen die verlening van nominale onderhoud gekant is, is van mening dat so 'n bevel nie verleen kan word bloot om die leemte in die wetgewing te omseil nie: die leemte ontstaan deurdat die hof slegs ten tyde van die egskeiding 'n onderhoudsbevel kan verleen en 'n gade ook geen reg op onderhoud na ontbinding van die huwelik het nie. Regter Vieyra laat hom soos volg hieroor uit in *Lincesso v Lincesso supra* 750C–D:

> "If the sole basis for so doing arises from the omission of the Legislature to allow initial applications to be made subsequent to the date of the decree of divorce then it seems to me that such a course is not justified. For then in every case where the Court is not satisfied that the plaintiff's claim is justified it would nevertheless grant an order for a token payment. I would feel that this would be an abuse of the judicial function.
>
> I can however imagine that in some instances the Court will be justified in granting a token payment because that is all that in the circumstances is justifiable and not merely because of an altruistic motive to circumvent the omissions of the Legislature . . ."

Regter Van Dijkhorst sê in *Portinho v Portinho supra* 597F die volgende:

> "In my view it is unsatisfactory for the courts to employ gimmicks to create rights which the Legislature in its wisdom has now twice omitted to bring into being . . ."

Die kwessie van nominale onderhoud het weer eens in *Qoza v Qoza* ter sprake gekom. Na oorweging van die relevante gesag beslis waarnemende regter Liebenberg dat die eiseres nie op 'n oorwig van waarskynlikheid bewys het dat sy vir haarself in die toekoms onderhoud sal benodig nie; gevolglik weier hy om 'n bevel vir nominale onderhoud te maak. Die tersake feite is kortliks die volgende: Die eiseres en die verweerder is op 11 April 1980 binne gemeenskap van goed getroud. Een kind is uit die huwelik gebore. Die eiseres het 'n egskeidingsaksie aanhangig gemaak wat op 'n onverdedigde basis aangehoor is en waar sy onder andere nominale onderhoud van R1,00 per maand geëis het.

Die hof was tevrede dat die huwelik onherstelbaar verbrokkel het en dat die eiseres geregtig was op die aangevraagde regshulp behalwe wat die nominale onderhoud betref.

Uit die getuienis blyk dat die eiseres drie en dertig jaar oud is, as 'n assistentverpleegster by 'n fabriek se kliniek werksaam is en R247,00 per maand verdien. Die eiseres het ook beweer dat die verweerder as arbeider ongeveer R125,00 per week verdien. Geen getuienis is aangebied oor die moontlikheid dat die eiseres se werk van 'n tydelike aard is of dat sy dalk in die toekoms sonder werk kan wees of oor die lewenstandaard van die partye *stante matrimonio* nie. Die hof was egter van mening dat hulle onderskeie inkomstes daarop gedui het "that they could not have maintained more than a modest standard of living" (839J).

Namens die eiseres is aangevoer dat *Ford v Ford supra* en *Brink v Brink supra* in die omstandighede gevolg moet word en nie *Portinho v Portinho supra* nie waar regter Van Dijkhorst geweier het om 'n nominale onderhoudsbevel toe te staan. Regter Liebenberg sê die volgende (840D–G):

> "The main considerations on which the decision of Van Dijkhorst J in the *Portinho* case was based appear from the report to be as follows:
> (a) a wife at common law had no right to maintenance on divorce;
> (b) in terms of s 10 of the Matrimonial Affairs Act 37 of 1953 the Court was given a discretion to grant maintenance to an innocent spouse on divorce;
> (c) it was generally accepted by the Court that this discretion should not be too readily exercised;
> (d) s 7(2) of the Divorce Act 70 of 1979 also grants the Court a discretion to award maintenance to a plaintiff and does also not create a right to maintenance in favour of a plaintiff;
> (e) '. . . the test to be applied is whether on the probabilities maintenance is or will be needed. If the answer is positive the considerations set out in ss (2) come into play. If on the probabilities it is not shown that maintenance is or will be needed no award thereof (whatever its size) can be made' (at 597H);
> (f) 'A token award where no maintenance is needed is therefore not envisaged in the Act' (at 597H).
>
> In regard to (e) and (f) above I do not understand Van Dijkhorst J to have stated that no token award is competent. I understand him to say that a token award can be made, provided that the evidence shows on the probabilities that maintenance will be needed in future. This also appears to be how Milne J understood it in *Brink v Brink*."

Hy kom dus tereg tot die gevolgtrekking dat regter Van Dijkhorst in die *Portinho*-saak nie bedoel het dat nominale onderhoud nooit verleen kan word nie, maar slegs dat 'n nominale onderhoudsbevel verleen kan word indien onderhoud waarskynlik in die toekoms benodig sal word. Dit is ook die interpretasie wat regter Milne in *Brink v Brink supra* 218G–H aan die uitspraak heg.

Daar is egter skrywers wat van mening is dat die Transvaalse hof na die uitspraak in die *Portinho*-saak "nie bevele vir nominale onderhoud mag uitreik nie" (sien Cronjé en Heaton *Vonnisbundel oor die persone- en familiereg* (1990) 452). Hierdie interpretasie van die uitspraak blyk egter nie korrek te wees nie. Regter Van Dijkhorst het inderdaad gesê dat die toets wat aangewend moet word om te bepaal of nominale onderhoud toegestaan moet word, "is whether on the probabilities maintenance is or will be needed" (597H). Die "will be needed" dui op die toekoms en dit kan daarop neerkom dat 'n onderhoudsbevel wel verleen kan word indien daar 'n waarskynlikheid bestaan dat onderhoud in die toekoms benodig sal word. Regter Van Dijkhorst laat hom soos volg in dié verband uit (597H):

> "In my view the test to be applied is whether on the probabilities maintenance is or will be needed. If the answer is positive the considerations set out in s 7(2) come into play. If on the probabilities it is not shown that maintenance is or will be needed no award thereof (whatever its size) can be made. A token award where no maintenance is needed is therefore not envisaged in the Act."

Regter Liebenberg stem egter nie saam met die toets soos neergelê in die *Portinho*-saak nie, maar steun die benadering soos uiteengesit in Hahlo en Sinclair *The reform of the South African law of divorce* (1980) 45. Ek stem ook met hierdie benadering saam. Volgens regter Van Dijkhorst is die vraag eers of onderhoud benodig word al dan nie en as hierdie vraag positief beantwoord word, kom die faktore soos in artikel 7(2) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 uiteengesit, in werking. Die hof moet egter volgens bedoelde benadering reeds by die beoordeling van die vraag of onderhoud benodig word al dan nie, dit wil sê by

die uitoefening van die diskresie, juis die faktore genoem in artikel 7(2) in ag neem.

Hahlo en Sinclair som die posisie soos volg op:

> "Subsection (2) of s 7 lists the main factors which the court has to take into account in deciding (a) whether maintenance is to be paid at all, and if so, by whom to whom; (b) the amounts to be paid; and (c) the period for which maintenance is to be paid . . ."

Die regter is van mening dat hierdie benadering die onbillike resultate sal elimineer wat kan ontstaan as gevolg van die benadering gevolg in *Brink v Brink supra* 220E–G waar regter Milne dit soos volg stel:

> "In my view it does not follow that, because, in the majority of cases, the Court would almost always be justified in granting an order for token maintenance on the basis upon which it was granted in *Ford's* case, the Court would not be acting in accordance with the wishes of the Legislature if it were to grant such orders. It will not be so in every case. There may well be circumstances where it is perfectly clear that the respective financial position of the parties is such that there will never be any circumstances in which it will be probable that the plaintiff will seek an increase in the amount of maintenance from a token award to a substantial award. There may be particular circumstances advanced by a defendant, or by a plaintiff, which would either make the award unjust of just."

Volgens regter Liebenberg kom hierdie aanhaling daarop neer dat 'n hof altyd 'n onderhoudsbevel sal maak behalwe as bewys word dat onderhoud waarskynlik nie benodig sal word nie of indien so 'n bevel onbillik sou wees. So 'n benadering is verkeerd omdat dit glad nie vereis dat die hof, waarvan die onderhoudsbevel gevra word, die faktore in artikel 7(2) van die wet oorweeg ten einde sy diskresie uit te oefen of onderhoud benodig word al dan nie (842A–C).

In die onderhawige saak is namens die eiseres geargumenteer dat indien 'n behoefte aan toekomstige onderhoud eers bewys moet word alvorens 'n nominale onderhoudsbevel verleen kan word, aangeneem moet word dat so 'n behoefte inderdaad bewys is en dat dit uit die volgende blyk (842F–H):

> "(i) Plaintiff's only source of income is that derived from her employment and if she were to become ill and unable to work she would have no source of income.
>
> (ii) The effects of inflation may result in her requiring maintenance from defendant in future.
>
> (iii) The fact that if she is awarded the custody of the child, childhood illnesses may probably set in which may oblige her to be absent from work.
>
> (iv) Because the maintenance was prayed for in the summons and there is no defence the award of token maintenance should be made even if no evidence is adduced."

Met betrekking tot die eerste twee argumente sê die regter dat inflasie nie net die eiseres gaan beïnvloed nie, maar ook die verweerder se vermoë om onderhoud te betaal en kom dan tereg tot die gevolgtrekking dat die effek van inflasie geen rol speel by die vraag of nominale onderhoud toegestaan moet word of nie (843B). Dit geld ook die eerste argument wat daarop neerkom dat alle vrouens in geval van egskeiding op nominale onderhoud geregtig sal wees indien beide gades werk. Volgens die regter sou die effek hiervan die volgende wees (843C–D):

> "This, however, would have the effect that in all such cases the wife will, as it were, be entitled to a free policy against normal risks of life with the husband as the insurer."

Hy vereenselwig hom hier met regter Van Dijkhorst se uitspraak in die *Portinho*-saak en sê (843E–F):

> "I must therefore with Van Dijkhorst J in *Portinho's* case question the wisdom of keeping two divorced persons bonded together, possibly for life, by a token maintenance order made merely to provide for speculative possibilities. Such an order where no future need

> for maintenance has been proved on a balance of probabilities does not seem to me to accord with justice. A divorced spouse capable of self-support can be expected to make his or her own provisions against the normal risks of life and for retirement etc."

Hy steun voorts op die uitspraak in *Nel v Nel supra* waar nominale onderhoud nie toegestaan is nie en waar regter Smuts sy uitspraak soos volg regverdig (290D–E):

> "Na my mening kan die Hof 'n nominale bedrag onderhoud toeken wat tot gevolg sal hê dat 'n eiseres op 'n later geleentheid aansoek sal kan doen om 'n vermeerderde bedrag onderhoud, indien daar rede is om te glo dat sy in die toekoms waarskynlik onderhoud gaan benodig en dit bewys is dat dit in die omstandighede van die saak reg en billik is dat die verweerder dan voorsiening behoort te maak vir onderhoud vir haar, al is die eiseres in staat om haarself te onderhou op die datum waarop ontbinding van die huwelik beveel word."

Insgelyks verwys hy ook met goedkeuring na regter Smalberger se uitspraak in *Hurn v Hurn supra* 253E–G waar nominale onderhoud wel toegestaan is aan 'n vrou wat na 'n huwelik van een en twintig jaar geskei is:

> "They were therefore divorced after 21 years of marriage, so that it may well be said that the plaintiff gave the best years of her life to the defendant. The plaintiff is no longer a young woman and, while there is nothing to suggest that her present state of health is other than good, and she is capable of providing for herself at present, this happy state of affairs will not necessarily endure indefinitely. There is every prospect that at some time in future her health, or old age, will preclude her from gainful employment. It is unlikely, having regard to the nature of her employment, and the income that she derives therefrom, that she will be able to save sufficient to provide for her future needs should she be unable to continue in employment. Nor does she have any assets which could be utilised for this purpose. In those circumstances there is in my view reason to believe that it is likely that at some time in the future she will require maintenance, and that having regard to the duration of her marriage to the defendant it is right and proper that her claim for maintenance in future should be preserved. I accordingly intend to award the plaintiff token maintenance, as claimed."

Die derde argument ten opsigte van die onderhoud van die kind is ook nie 'n geldige argument nie want indien dit in die toekoms nodig sou word, kan die eiseres 'n verhoging van onderhoud van die kind aanvra om spesiale voorsorg vir hom te tref in plaas daarvan om haar werk te los om na die kind om te sien (843G–H).

Die vierde argument, naamlik dat nominale onderhoud in die dagvaarding geëis is en dat die verweerder te spyte daarvan nie die aksie verdedig het nie, dra ook nie veel gewig nie. Die regter is van mening dat dit wel 'n faktor is wat in aanmerking geneem kan word, maar dat dit nogtans nie die eiseres op die bevel wat aangevra is, geregtig maak nie. Al waarop dit neerkom, is dat die eiseres se getuienis in dié verband nie weerspreek kan word nie. Hy sê verder dat die hof in elk geval 'n diskresie het om 'n onderhoudsbevel te verleen of nie; by die uitoefening van die diskresie moet die faktore genoem in artikel 7(2) in aanmerking geneem word. Hy laat hom soos volg daaroor uit (844E):

> "If my understanding of the abovementioned authorities is correct, the exercise of a judicial discretion would exclude the granting of an order for the payment of token maintenance merely because the action is not defended. It would in this case require me to exercise a discretion upon a consideration of the factors referred to in s 7(2). This presupposes that evidence regarding those factors should be placed before me. Without such evidence I will have no grounds upon which I can exercise a discretion to grant maintenance and the natural consequence of divorce, namely that the duty to support ceases upon the order being granted, will automatically follow."

Dit kom dan basies daarop neer dat selfs indien die aksie onverdedig is, die eiseres nogtans getuienis omtrent die faktore in artikel 7(2) aan die hof moet voorlê

wat die hof moet oortuig van die billikheid van die nominale onderhoudsbevel. Die feit dat die verweerder nie die aksie verdedig het nie, maak nie die eiseres outomaties geregtig op die onderhoudsbevel wat gevra is nie. Die hof het nog steeds 'n diskresie.

Ten slotte kan die huidige regsposisie met betrekking tot nominale onderhoud soos volg uiteengesit word: 'n nominale onderhoudsbevel sal toegestaan word indien daar getuienis aangevoer word wat op 'n oorwig van waarskynlikheid daarop dui dat die gade wat daarom aansoek doen waarskynlik in die toekoms onderhoud sal benodig. Kritiek teen nominale onderhoudsbevele is dan ook nie soseer teen die verlening daarvan gerig nie omdat daar inderdaad gevalle kan bestaan waar dit geregverdig is. Schäfer 1980 *THRHR* 66 sê ook:

> "Despite the writer's dislike for token maintenance orders it is, however, conceded that its award is justified in exceptional cases . . . and, accordingly, one cannot in all seriousness suggest its abolition." (Sien ook Hahlo 362.)

Die kritiek is myns insiens eerder gerig teen die verlening van 'n nominale onderhoudsbevel waar beide partye finansieel onafhanklik is en daar ook geen bewyse is dat een van die partye waarskynlik in die toekoms onderhoud gaan benodig nie.

RITA JORDAAN
Universiteit van Suid-Afrika

[*T*]*he community's perception of* boni mores *is closely linked to the concept of good faith in community relations. These concepts, again, are similarly associated with the community's perception of justice, equity and reasonableness . . . From this it appears that public policy, in the sense of* boni mores, *cannot be separated from concepts such as justice, equity, good faith and reasonableness, which are basic to harmonious community relations and may indeed be regarded as the purpose of applying public policy considerations* (*per* Van Zyl J in *Compass Motors Industries* (*Pty*) *Ltd v Callguard* (*Pty*) *Ltd* 1990 2 SA 520 (W) 528–529).

BOEKE

JUDGE AND BE JUDGED
deur ADRIENNE VAN BLERK
Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1988; xv en 196 bl
Prys R48,00 + AVB

Die versuim van die Suid-Afrikaanse regbank om die onreg van apartheidswetgewing en die breë apartheidsideologie van blanke heerskappy deurlopend rondborstig en konstruktief die hoof te bied, is die tema van 'n nie-onaansienlike deel van ons regsliteratuur sedert die sestigerjare, maar toenemend in die sewentiger- en tagtigerjare. Teen die volgehoue kritiek van skrywers soos Mathews, Dugard, Van Niekerk, Van der Vyver, Cameron, Forsyth, Corder, Davis en vele ander (ook van buite Suid-Afrika) was die reaksies yl gesaai. Telkens is die beperkte regskeppende bevoegdheid van die regbank op die terrein van politieke wetgewing beklemtoon en hier en daar het regters buite-judisiële kommentaar gelewer.

In *Judge and be judged* stel Van Blerk dit haar ten doel om hierdie kritiek te ontleed en vas te stel of dit "fair and legitimate", of "unfair, unwarranted and unjustifiable" (2) is. Die algemene trant van haar kritiek op die kritici sou mens aan die hand van 'n dialektiese progressie as die antitese op die kritici se tese van regterlike onwilligheid en ongevoeligheid kon beskryf. 'n Bydrae tot sintese-vorming in die kernbelangrike debat oor die rol en vermoë van die regbank om die fundamentele vryheidsparameters te vestig waarbinne die politieke wetgewende proses moet plaasvind, moet, so voel 'n mens, ook van die kant van die regbank kom. Hoe waardevol sal dit nie wees nie as 'n (oud-) regter in 'n omvattende regswetenskaplike geskrif sy ervaring oor die plek en perk van judisiële aktivisme in die spesifieke konteks van hierdie literatuur weergee.

Om *Judge and be judged* behoorlik na waarde te skat, is dit baie belangrik dat die skrywer se spesifieke oogmerk met die skryf van die boek en die perke waarbinne sy beweeg, begryp word. Om haar hierbogestelde doel te bereik, wil sy ten aanvang daardie spesie van die misdaad minagting van die hof wat as "belastering van die hof" ("scandalization contempt") bekend staan, ondersoek, want

> "[it] poses the greatest threat to the commentator wishing to criticize the court's administration of justice . . ."(3).

Met so 'n ondersoek wil sy eerstens vasstel watter gedrag deur die jare tot vervolging vir die misdaad gelei het en, tweedens, in hoeverre die moontlikheid van vervolging vir so 'n misdaad die uitspreek van noodsaaklike kritiek teen regspleging in politiessensitiewe terreine geïnhibeer en selfs gesmoor het. Haar tese in dié verband is dat die beweerde inhiberende en versmorende effek van die misdaad erg oordryf word en teen die werklikheid van die duld van soms kaalvuiskritiek stuit.

Haar ondersoek na die misdaad en die trefwydte daarvan vorm die agtergrond vir die behandeling van 'n groter vraagstuk: terwyl 'n mens vrye meningsuiting oor

regspleging in veral polities-sensitiewe sake aanvaar en selfs aanmoedig, hoe balanseer 'n mens die botsende openbare belange van die publiek, enersyds om deur middel van onbevange kritiese kommentaar oor bevooroordeelde en onbevoegde regspleging ingelig te word, en andersyds, om nie hul vertroue in effektiewe en regverdige regspleging deur ongeregverdigde, onbillike of ongegronde kritiek te laat skend nie? Sy stel dit duidelik (3) dat sy nie te kenne wil gee dat alle kritiek op die regspleging ten aansien van polities-sensitiewe aangeleenthede ongeregverdig is nie, maar slegs wil bepaal in hoe 'n mate die kritiek wel hierdie fyn balans versteur en die beeld van die regbank onverdiende skade berokken het.

In die tweede hoofstuk word die regsposisie met betrekking tot "belastering van die hof" behandel. Die skrywer wys daarop dat minagting van die hof wel as misdaad in die *ius civile* erken is, maar dat die besondere spesie "scandalization contempt" 'n tipies Engelsregtelike invoerproduk is wat in 1874 in Lord De Villiers se hof beslag gekry het. Sy wys ook op die interessante verskynsel dat in Europese regstelsels met 'n Romanistiese tradisie, die misdaad minagting van die hof nie naastenby die gewig dra wat dit in die *common law* het nie. Sy motiveer hierdie houding as sou dit deel van 'n kontinentale benadering "against èlitism" uitmaak (8). Dit mag so wees, maar dit lyk vir my eerder na 'n weerspieëling van 'n Romanistiese regstradisie wat reeds in antieke Rome gevestig was en ongehinderd in Europa bly geld het. Dit is naamlik die tradisie dat 'n regter in laaste instansie 'n ontdekker en interpreteerder van bestaande regswysheid is en nie 'n soort beelddraer van daardie regswysheid nie – 'n fyn, maar tog werklike verskil wat inhou dat die regter in die Romanistiese regstradisie nie die verhewe rol beklee van sy ampsgenoot in die *common law*-tradisie nie.

By die deurlees van hierdie puik hoofstuk het dit my getref dat dit grof onvanpas sou wees om die soort kritiek wat vroeër as "scandalization contempt" vervolg is (en wat moontlik geregverdig kon word as deel van 'n poging om 'n kultuur van respek vir die regsplegende proses te vestig) steeds as sodanig te behandel. In die besondere politieke en sosiale omstandighede waarin Suid-Afrikaners hul bevind, is dit eenvoudig ongesond om die agtiende eeuse houding van regter Wilmot in Engeland in te neem (en wat as *ratio* vir die misdaad "scandalization contempt" dien – sien 7 vn 8), naamlik dat "attacks upon judges" tot gevolg het dat "men's allegiance to the law is . . . fundamentally shaken" en dat dit "the most fatal and most dangerous obstruction of justice" is (soos aangehaal op 8 vn 8). Na my mening sou geen regter vir homself vandag so 'n verhewe status as beelddraer van regswysheid wou toeëien nie, hoeseer hy (en alle ander regsgeleerdes) die belangrikheid van respek vir die regbank en die regspleging in die algemeen gekoester sou wou sien. Veel gesonder is die houding wat deur die Kaapse regter, Buchanan, in 'n 1892-saak (soos aangehaal op 32) ingeneem is. Hy verklaar naamlik:

> "I am inclined to allow the fullest latitude in criticizing judicial proceedings, especially in criminal cases, being convinced that the consequent good to society is on the whole greater than the temporary apparent evil which sometimes results . . . I am inclined to treat contempt of Court with silent contempt, which I think is the most powerful moral weapon under the circumstances to employ."

Van Blerk dui aan (7 en 40) dat die laaste suksesvolle vervolging vir belastering van die hof in 1966 plaasgevind het. Sy is van mening dat die "almost daily fare of devastating criticism and dissent on sensitive issues in the legal domain" (31) eerder 'n bewys is van die groter toleransie jeens kritiek van staatsweë as van die inhiberende effek van die misdaad. Hier moet mens haar gelyk gee en haar irritasie deel met diegene wat steeds groot gewag maak van die gewaande gevare verbonde aan kritiek van die regbank.

Soos te wagte is, behandel sy die bekende twee *Van Niekerk*- vervolgings vir minagting van die hof van die vroeë sewentigerjare in groot detail (21–31). Haar

argumente ter ondersteuning van haar standpunt dat kritici se uiters negatiewe kommentaar op die beslissings oordrewe was, is sekerlik nie sonder meriete nie en bring ewewigtigheid in die beoordeling van die uitsprake mee (sien veral 29–31 en 43–44). Met die voordeel wat 'n verloop van twintig jaar meebring, is ek steeds van mening dat die uitsprake nie, om Van der Walt in sy bespreking van die eerste saak (1970 *THRHR* 303) aan te haal, "'n bewustheid van of aanvoeling vir die breëre regspolitiese implikasies" openbaar het nie en juis daarom skadelik was vir gesonde regspleging en gesonde wetenskapsbeoefening.

In die derde en vierde hoofstukke ontleed Van Blerk die kritiek wat teen die howe uitgespreek is ten aansien van respektiewelik rasvooroordeel by vonnisoplegging en judisiële onwilligheid om die onreg wat veiligheidswetgewing meebring, te bestry.

Wat rasvooroordeel by vonnisoplegging betref, ondersoek sy daardie publikasies waarin beskuldigings van rasvooroordeel gegrond is op die resultate van statistiese ondersoeke. 'n Veeltal sodanige publikasies sedert die veertigerjare word onder die soeklig geplaas. Haar gevolgtrekkings (52–53) is dat die statistiese data wat ingespan is, nie deurslaggewend is nie, òf omdat dit onvolledig is, òf wel volledig is maar oor 'n te kort tydperk strek om van waarde te wees, òf nie die inligting bevat om die gestelde hipoteses te staaf nie. Voorts het sy dit teen die feit dat hierdie publikasies (op enkele uitsonderings na) nie, of nie genoeg ag slaan op 'n "range of variables" wat 'n rol by vonnisoplegging speel nie en dus die rasfaktor uitskakel of ten minste minimaliseer. Dit is jammer dat Van Blerk haar ondersoekparameters nie breër gestel het om nie net die waarde van die statistiese data te bevraagteken nie, maar ook die "alternative view" (naamlik dat ras nie noodwendig die oorheersende rol by vonnisdiskrepansies tussen wit en swart speel nie) met eie navorsing te ondersteun.

Sy wy ook enkele bladsye (54–61) aan die "inarticulate premiss" dat die

> "judicial personality and the burden on the judicial mind of his background and that of the society to which he belongs and its expectations" (54)

tot gevolg het dat 'n blanksentriese regbank by vonnisoplegging rasvooroordeel sal openbaar. Ook ten aansien hiervan is dit Van Blerk se mening dat die kritiek deur akademici, politici en veral die pers (sy het baie moeite gedoen om persberiggewing oor regters en hul vonnisse na te slaan) op onvolledige gegewens, halwe waarhede of blote spekulasie berus.

In haar puik slotopmerkings tot die derde hoofstuk verklaar sy ten aansien van die baie sensitiewe klag van rasvooroordeel dat

> "the reformers have – albeit with well meant intentions – drawn a gravely less than true picture, placing the very foundations of judicial credibility at stake" (62).

Of dié formulering almal gaan bevredig, is te betwyfel: diegene teen wie sy die rede voer, sal seker toegee dat haar kritiek nie ongegrond is nie, maar sal ontken, veral in die lig van 'n gebrek aan 'n goed-gefundeerde "alternative view", dat hulle persepsie van die "picture" "gravely less than true" is.

Hoofstuk vier behandel kritiek teen die regbank ten opsigte van die regters se beweerde "passivity and acceptance" (67) by die toepassing van die arsenaal van veiligheidswetgewing wat die regering sedert die sestigerjare opgebou en vrylik toegepas het. Van Blerk deel in hierdie hoofstuk links en regs klappe uit en draai geen doekies om in haar veroordeling van wat sy as onbillike, arbitrêre en soms selfs oneerlike kritiek teen die regbank sien nie. Haar uitgangspunt is dat die "executive-mindedness" van die regbank grootliks toe te skryf is aan die grootskeepse inkorting van regterlike mag en regterlike diskresie in die wetgewing en voorts dat die kritici hulle frustrasies oor die onreg vervat in die wetgewing uithaal op regters wat nie by magte is om aan hulle verwagtings te voldoen nie. Die resultaat is onmeetbare skade aan die beeld van die regbank (63).

Van Blerk behandel in hierdie hoofstuk die verwyt dat die regbank onwillig sou wees om die ingeboude onreg van die aanhoudingsklousules in veiligheidswetgewing

daadwerklik te temper (ten spyte van beweegruimte) en die verwyt van die "executive bias" in manifestasies daarvan soos Afrikaner- nasionalisme, regeringsgesindheid en die keuse van slegs "konserwatiewe" regters vir die verhoor van veiligheidsake. Soos in die vorige hoofstukke, slaag Van Blerk daarin om 'n aantal van die kritici se argumente as oorvereenvoudigings uit te wys of die oortuigingskrag daarvan met vernuftige teenargumente te verminder ('n goeie voorbeeld is haar kommentaar (83–85) op Taylor se bespreking van die "judicial philosophies" van appèlregters Williamson en Botha in 1987 *THRHR* 28 ev). In die proses beïndruk sy met die omvang van die literatuur wat sy geraadpleeg het (hoewel dit tog teleurstellend is dat die *Omar*-uitspraak van die appèlhof nie detailbehandeling ontvang het nie – waarnemende hoofregter Rabie se uitspraak word deur vele kritici as die toonbeeld van judisiële "passivity en acceptance" ten aansien van wetgewende onreg beskou).

Hierdie hoofstuk het my egter, in die geheel beskou, onbevredig gelaat. Die trant en styl daarvan skep naamlik die beeld van 'n bokser wat op onbewaakte swakhede in die mondering van sy opponent kapitaliseer, maar tog nie met 'n goed-beplande strategie vorendag kom om sy opponent tot oorgawe te dwing nie. Mens soek tevergeefs (weer eens toegegee dat dit nie Van Blerk se oogmerk was nie) na iets dieperliggend as die uitsoek van skynargumente en halwe waarhede. My probleem is nie bloot dat ek meen dat ook sommige van háár argumente nie gegrond is nie (sy dring tog nie op volledige konkurrensie met haar argumente en sienswyses aan nie): die veeltal faktore wat 'n rol speel in judisiële hantering van staatsveiligheid, veral as dit gegrond moet word op wetgewing wat voorsiening maak vir die miskenning van vele fundamentele vryhede, maak dit dringend noodsaaklik dat 'n teoretiese raamwerk vir regsvinding geformuleer word aan die hand waarvan nie net die regter nie, maar ook die kritikus in sy beoordeling van regspraak aan die geregtigheidsidee, die "dieper reg" van Van Wyk Louw, judisiële en wetenskaplike gestalte kan gee. In sy resensie van Du Plessis se *Interpretation of statutes* (1986) stel Louw (1988 *TSAR* 146) dit dat

> "die mens se belewenis van die waarheid, of die werklikheid, in tyd en ruimte verskil [en omdat] die regsorde onder andere op regsekerheid rus, is dit duidelik dat die reg met 'n meer objektief verstelbare en statiese werklikheidskonsepsie moet werk".

Ek sou graag 'n verwoording van so 'n "werklikheidskonsepsie" in Van Blerk se werk wou gesien het. Dugard het dit gedoen in *Human rights and the South African legal order* (1978) 372 ev met sy propagering van 'n "realist-cum-natural law" benadering. Du Plessis het dit gedoen in sy vermelde puik boek oor die uitlegleer en Mureinik het dit ook gedoen in sy ewe puik essay "Dworkin and apartheid" in Corder (red) *Essays on law and social practice in South Africa* (1988), waarin hy Dworkin se konsep van "constructive interpretation" ontleed.

Die vyfde hoofstuk van hierdie boek behandel kritiek op aanstellings tot die regbank. Weer eens is Van Blerk se hoofoorweging die skade wat ongeregverdigde kritiek op die beeld van die regbank kan hê (110). Goed twee derdes van die hoofstuk word gewy aan 'n historiese oorsig van kritiek op regterlike aanstellings vanuit die geledere van die regsprofessie en die media. Sy dui aan dat dié soort kritiek tot diep in die vorige eeu teruggaan, dat die kritiek in die voor-Unie tydperk hoofsaaklik rondom onbekwaamheid gewentel het, in die tydperk tot 1948 nie veelvoorkomend was nie (waarskynlik, meen sy, vanweë die "degree of 'Anglicism' which characterized the Bench during the period" (119) wat die Engelstalige pers se goedkeuring sou weggedra het) maar sedert die bewindsoorname van die Nasionale Party in 1948 in felheid toegeneem het. Soos te wagte is, wy sy heelwat bladsye (120–136) aan die welbekende Steyn-Schreiner sage, die aanstelling van die sogenaamde "tweedespan" tot die appèlbank en die gevolge van die manipulering van die regbank deur die regering. Sy bied, met breedvoerige verwysing na regsliteratuur en regspraak, 'n alternatiewe siening van die gebeure en kruis in die proses swaarde met 'n aantal regsakademici.

Omdat die werklike basis waarop elke aanstelling van owerheidsweë plaasvind nie vir kritiese analise vatbaar is nie en omdat die judisiële prestasies van 'n kontroversiële aanstelling uiters moeilik meetbaar is teen wat die prestasies van 'n meer geskikte aanstelling sou gewees het, is dit baie moontlik om hiervoor die "objektief verstelbare en statiese werklikheidskonsepsie" wat ek vroeër bepleit het, te vind waarteen Van Blerk se siening (of dié van die kritici) gemeet kan word. Mens moet jou dus verlaat op die oortuigingskrag van argumente (aan weerskante) wat op vermoedens en spekulasie en selde op harde feite of harde teorie gebaseer is.

In die sesde hoofstuk ondersoek Van Blerk die opsies wat beskikbaar is aan regters wat met die onreg van apartheidswetgewing gekonfronteer word, naamlik òf om hulle openlik teen die wetgewing uit te spreek, òf om judisieël aktivisties op te tree, òf om te bedank. Ten aansien van die opsie van judisiële aktivisme bespreek Van Blerk die siening van Dugard, naamlik dat 'n "realist-cum-value-orientated approach" tot wetsuitleg, in plaas van die meganistiese benadering van die regspositivisme, 'n regter beter in staat sal stel om sy diskresie-parameters binne 'n bepaalde wetsbepaling te erken en 'n waardeoordeel, gebaseer op fundamentele vryheidsbeginsels, te vel (153–155). Dit is jammer dat sy Dugard se poging tot die konstruksie van 'n teoretiese onderbou vir sy kritiek op regterlike prestasie as "allegations [clothed] in jurisprudential garb" en "socio-political rather than legal [in] nature" (155) afmaak, sonder 'n meer grondige kritiek as bloot die aanhaal van ander akademici se menings oor die feit dat sy siening van regspositivisme op 'n wanopvatting berus en tot wanopvattings aanleiding gee. Ek meen sy kon die kans beter benut het om Dugard se teoretiese model van 'n "realist-cum-natural law approach" aan 'n ernstige diskoers te onderwerp, waarin sy haar siening van die baie beperkte keusevryheid van regters, vanweë die "cardinal constitutional principle" van "Parliamentary supremacy and the supremacy of its laws" (155), kon bygewerk en verdedig het.

In *Judge and be judged* bevraagteken Van Blerk baie van die aannames, hipoteses en navorsingsmetodiek van daardie regsakademici wat die regbank veroordeel vir hul beweerde "pro-executive" vooroordeel en hul beweerde onwilligheid om fundamentele vryhede te beskerm. Lesers se reaksie op die boek sal sekerlik wissel van goedkeuring tot aanvaarding tot skeptisisme tot woede (haar slotopmerking, naamlik dat die " 'liberal attack' which was made upon the courts themselves, [is] at best a misguided and misinformed mission" sal haar sekerlik geen Dale Carnegie-toekenning in die sak bring nie). Maar, gedagtig aan die onstuimige jare wat vir Suid-Afrika voorlê en die dwingende behoefte aan 'n wyse, kundige en deernisvolle regbank, is dit noodsaaklik dat in daardie newelagtige terrein waar politiek en regspleging verweef raak, debat gevoer word, nie net oor die regters se rol nie, maar ook oor die rol van diegene wat die regters beoordeel. Hierdie boek moet gelees word deur almal wat gesonde, effektiewe en lewenskragtige regsbeoefening op die hart dra.

DEREK VAN DER MERWE
Randse Afrikaanse Universiteit

SOUTH AFRICAN CRIMINAL LAW AND PROCEDURE
VOLUME III: STATUTORY OFFENCES
by JRL MILTON and MG COWLING
Second edition; Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1988; loose-leaf
Price for original service R132,00 + GST. Further price dependent upon number of changes.

The first edition of *South African criminal and procedural law: volume III*, which appeared in 1971, was a comprehensive and authoritative treatise on South African statutory criminal law. The long overdue publication of the second edition of this valuable work is therefore to be welcomed.

The second edition is a loose-leaf publication with a revision service. As the authors correctly point out in the preface to the work, books about statutes are inherently at risk of being out of date before they are even published, and this is especially so in the case of statutory crimes where the legislature is constantly active. To ensure that the present work remains an accurate reflection of the law, constant revision is required. The book is accordingly constructed in such a way as to facilitate revision as well as additions. The chapters are arranged in a number of alphabetically identified modular divisions representing particular topics. The chapters within these modules are numbered numerically with the letter of the alphabet as a prefix (eg Chapters A1, A2, C1, C2, etc). Each individual chapter has its own page numbers. The first issue of the book is not the complete work, but contains only about a quarter of the chapters referred to in the table of contents.

The remaining chapters will be issued with the revision service. This piecemeal publication of the book is necessitated by the fact that once the protracted process of compiling a comprehensive account of the statutory offences is complete, many of the chapters compiled first may well have been rendered obsolete by the legislature. Whatever the advantages or disadvantages of a loose-leaf publication in general, a treatise of statutory criminal law is a publication *par excellence* where the advantages of a loose-leaf edition by far outweigh any disadvantages. This is especially so in view of the fact that it is envisaged that the first edition will be greatly expanded, possibly to become a two-volume work.

The format of the book allows chapters to be published in any order, and according to the authors they have selected for the first issue chapters dealing with offences more commonly encountered by practitioners and judicial officers in the daily work of the administration of criminal justice. These chapters have been chosen mainly according to the principle of usefulness. The chapters which appear in the first issue are the following: 1 Introduction to statutory offences; 2 General principles of liability; A1 Desecrating the national flag; A2 Counterfeiting currency offences; C1 Police and prison offences; E1 Gambling offences; E2 Witchcraft; F2 Maintenance offences; F3 Offences relating to drug abuse; F4 Offences relating to intoxicating liquor; and G3 Road traffic offences.

Although it is difficult to quarrel with this selection on the basis of usefulness to practitioners, the question may perhaps be asked why road traffic offences have been included at this stage, in the light of the fact that new Road Traffic Act 29 of 1989 has replaced the provincial ordinances presently in operation. It is also a pity that an exposition of the relatively new and important offences created by the Internal Security Act 74 of 1982 (such as terrorism, subversion, etc) was not included in the first issue (they were not included in the first revision service of 1988 either).

In the words of the authors, they have adopted a selective approach to the exposition of statutory offences of South African law. Their original ideal of recording and expanding comprehensively on every statutory offence proved to be a practical impossibility. With regard to the selection of offences, they have confined themselves to offences created by parliament, with provincial ordinances being the rare exception (eg in case of road traffic offences).

Some of these offences are discussed comprehensively while others are merely recorded with annotations. The authors have stated that in determining the sort of attention an offence ought to receive, they were guided by their own judgment as to the likelihood that a practitioner may require a complete and detailed exposition of the elements of an offence for professional or judicial purposes, and that the number of reported judgments concerning a particular statutory offence often served to guide them in making this assessment. In this regard it must be pointed out that the references to decided cases are extremely comprehensive. There can hardly be a reported judgment dealing with the relevant offences which has been overlooked. On balance, the discussion of the offences is also rather more than less comprehensive.

The selection of offences as well as the selection of the mode of exposition cannot be criticised. To include, for example, offences created by ministerial regulations, would have been an almost impossible task, especially as many of these regulations contain so-called "blanket penalty clauses" declaring an offence a contravention of any of the provisions of the regulations.

The authors have opted not to cite the exact words of the statute, but have chosen to strive to give a clear and intelligible exposition of the relevant provisions. Apart from practical considerations, their decision was based on the premise that every practitioner possesses a set of the annotated and annually revised *Statutes of the Republic of South Africa*. An inclusion of the exact words of the relevant statutes would undoubtedly have been convenient but, in view of the clear, readable and accurate exposition of the offences in the book, not absolutely necessary.

The first issue of the book dealt with the law as stated at the end of the 1987 parliamentary session and as reported in the *South African Law Reports* until the end of 1987.

The first revision service (Revision Service 1, 1988) brought the work up to date to 31 December 1988, and also included five additional chapters: B1 Firearms, dangerous weapons and explosives; E3 Sexual offences; E4 Indecency; E5 Sunday and public holiday observance; and G2 Roads.

South African criminal law and procedure Volume III: statutory offences will be invaluable to lawyers such as practitioners and judicial officers. The book contains a clear, comprehensive, accurate and up to date exposition of the relevant offences. The introductory chapters, dealing with aspects such as the principle of legality, the interpretation of statutory offences, unlawfulness, *mens rea* and inchoate offences, are especially valuable as they place the statutory offences in perspective in relation to the general principles of criminal law.

The book is a major contribution to the literature on criminal law in South Africa. Like its predecessor, this book will undoubtedly become one of the most authoritative works on statutory offences. The completion of the work is therefore eagerly awaited.

MC MARÉ
University of South Africa

INTRODUCTION TO THE CONFLICT OF LAWS

by AJE JAFFEY

Butterworths London Edinburgh 1988; 286pp

Price R83,00 + GST (soft cover)

> "This short introduction to the Conflict of laws is intended for undergraduates, and perhaps also more experienced lawyers coming to the subject for the first time, who would like a preliminary look at it before consulting the major works" (Preface v).

This introductory remark by the author explains the approach followed throughout the book. Within the compass of a mere 286 pages (20 chapters) a wide range of topics is canvassed. Naturally all the topics are not covered extensively, but most of the chapters have a short select bibliography which may be consulted by the interested reader.

In a short introductory chapter the nature of the subject is explored, relevant terminology clarified and a brief note on proof of foreign law also appears. Immediately apparent and somewhat surprising to the present writer was the fact that characterisation and the rationale of choice of law are not discussed in the first chapter, but appear towards the end of the book (chapters 18 and 20 respectively). The reason for this, stated by the author in the Preface, is:

> "The general topics of public policy, renvoi, characterisation and the incidental question are introduced and explained to the extent which seemed appropriate when discussing the areas of law in which they are relevant . . . They are then more fully explored, and the threads drawn together, at the end of the book" (v).

One of course retains the prerogative of reading the last few chapters first if one so wishes. Totally absent from this work is any form of historical survey or any lengthy theorisations about the philosophical underpinnings of the subject.

Topics which are dealt with copiously include the following: marriage (chapter 3), matrimonial causes (chapter 4), contract (chapter 9) and torts (chapter 10) – admittedly, the most important areas for an undergraduate student. The book also contains a chapter on jurisdiction in actions *in personam*. One may debate whether or not a chapter on jurisdiction should have a place in an introductory work on private international law, but if one acknowledges the fact that jurisdiction constitutes the starting point in any choice of law action (and bearing in mind that the book is also aimed at practitioners), the importance and usefulness of this chapter becomes evident.

The book contains the minimum number of references, but includes a detailed index which facilitates the finding of references to a particular topic and the making of cross references. It also contains a table of statutes and a table of Conventions as well as a comprehensive list of cases.

Although this is primarily a work on English private international law or conflict of laws, it may be recommended as an introductory work for the South African student and lawyer who, in view of the scarcity of South African literature in the field of private international law, will eventually have to turn to one or more of the major overseas works on the subject.

In conclusion, this book is a successful attempt at an introduction to private international law which, I am sure, will prompt the reader to engage in further research. Given the magnitude of most of the major works in this field, both student and lawyer will no doubt welcome this most readable and manageable volume.

ELSABE SCHOEMAN
Vista University

CRIMINAL LAW

deur JC SMITH en B HOGAN

Sesde uitgawe; Butterworths Londen Edinburg 1988; 890 en cii bl

Prys nie vermeld nie

Die bekende boek van Smith en Hogan oor die Britse strafreg het die eerste keer in 1965 verskyn en hersiene uitgawes het daarna met gereelde tussenposes gevolg.

Die werk is in twee dele verdeel, naamlik algemene beginsels en besondere misdade. Onder algemene beginsels word die volgende onderwerpe behandel: strafoplegging, omskrywing van 'n misdaad, klassifikasie van misdade, elemente van 'n

misdaad, nalatigheidsmisdade, skuldlose misdade, die betekenis van uitdrukkings soos "opsetlik" en "kwaadwillig" wat in strafregwetgewing verskyn, deelneming aan misdade, verwere teen 'n strafregtelike aanklag, aanhitsing, sameswering en poging.

In die deel wat oor besondere misdade handel, word die hele spektrum van gemeenregtelike en wetteregtelike misdade bespreek.

Die nuwe uitgawe is in hoofsaak genoodsaak deur sekere belangrike ontwikkelinge op die gebied van die Britse strafreg, soos die omskrywing van opset (*Molony* 1985 AC 905), die toepassingsgebied van dwang as 'n verweer (*Howe* 1987 AC 417), poging ten aansien van 'n misdaad wat onmoontlik is om te pleeg (*Shivpuri* 1987 AC 1) en subjektiewe faktore by noodweer (*Beckford v R* 1988 AC 130). Hierdie en ander ontwikkelinge het daartoe gelei dat die outeurs onder andere die dele van die werk wat handel oor 'n late, opset, roekeloosheid, medepligtiges, dwang en sameswering grondig hersien het. Belangrike nuwe sake oor diefstal (bv *Morris* 1984 AC 320) en bedrog (*More* 1987 3 All ER 825) is bygewerk en kennis is geneem van die etlike nuwe sake oor moord. Die belangrikste statutêre ontwikkeling op die terrein van die strafreg, die *Public Order Act* 1986 wat die gemeenregtelike misdade *riot*, *rout*, *unlawful assembly* ensovoorts afskaf en deur nuwe misdade vervang, word ook kripties deur die skrywers bespreek. Die skrywers het gepoog om die reg soos op 1 Februarie 1988 weer te gee maar het wel in bepaalde gevalle ook na nuwer beslissings verwys.

Hierdie werk is van 'n baie hoë standaard en die bespreking van die reg is bondig en duidelik. Die kundige gebruik van opskrifte verhoog die gehalte en toeganklikheid van die werk. In die algemeen voldoen die jongste Smith en Hogan aan die hoogste vereistes wat aan 'n regshandboek gestel kan word.

PJ VISSER
Universiteit van Pretoria

FAMILIEREG-WETGEWING BAND I: KINDERS/FAMILY LAW LEGISLATION VOLUME I: CHILDREN

Juta Kaapstad Wetton Johannesburg; Oorspronklike diens 1989; losblad
Prys R86,00 + AVB

Juta se wetgewingsdiens is teen hierdie tyd reeds goed bekend onder regsgeleerdes en die toevoeging van die *Familiereg-wetgewing* tot hierdie diens sal sekerlik verwelkom word – veral deur regspraktisyns.

Band I van *Familiereg-wetgewing* handel oor die reg rakende kinders. Dit bevat die tekste van die Wet op Kindersorg 74 van 1983, die Kinderwet 33 van 1960, die Wet op Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 en die Wet op die Status van Kinders 82 van 1987. Die regulasies wat kragtens die Kinderwet en die Wet op Kindersorg uitgereik is, verskyn ook in die band. Verder bevat die band 'n register vir elke wet.

Agter in Band I verskyn 'n sakeregister wat ingedeel is volgens die onderskeie wette waarna in die band verwys word. Die sakeregister bestaan uit die name van alle beslissings wat ingevolge die bepalings van die betrokke wette bereg is, tesame met verwysings na die artikel(s) ingevolge waarvan elke saak beslis is of waarna in

die betrokke saak verwys is. Vonnisse wat ingevolge die bepalings van die Kinderwet 33 van 1960 beslis is, is gelys met verwysing na die ooreenstemmende artikels van die Wet op Kindersorg 74 van 1983.

Familiereg-wetgewing Band I is deur Susan Bedil saamgestel en geredigeer. Die band verskyn, soos die ander bande in die *Juta Wetgewingsdiens*, as 'n losbladuitgawe wat op datum gehou word deur middel van 'n halfjaarlikse hersieningsdiens met gratis tussentydse nuusbriewe. Die werk is tweetalig met die Afrikaanse teks op een kant van die bladsy en die Engelse teks op die keersy.

Familiereg-wetgewing Band I is 'n baie nuttige werk wat familiereggeleerdes en -belangstellendes in staat stel om makliker op die hoogte te bly met statutêre ontwikkelings op die gebied van die familiereg rakende kinders. Die werk word van harte verwelkom.

JACQUELINE HEATON
Universiteit van Suid-Afrika

DIE AARD EN PLEK VAN EIERIGTING IN DIE REGSISTEEM
deur CFC VAN DER WALT
Potchefstroomse Universiteit vir CHO Potchefstroom 1986; 74 bl
Prys nie vermeld nie

Hierdie monografie word deur die Departement Wetenskapsleer van die Potchefstroomse Universiteit vir CHO uitgegee en vorm deel van die universiteit se reeks studies in Christelike wetenskap. Soos uit die titel blyk, is die oogmerk met die monografie om die aard en plek van eierigting in die regsisteem aan te dui. Ofskoon regspleging volgens die outeur in eerste instansie die owerheid se taak is, is daar tog gevalle

> "waar die betrokke owerheidsinstansies se arms as 't ware net te kort is om tydige hulp langs die geregtelike weg te verseker" (51).

In sulke gevalle kan eierigting die aangewese regsmiddel wees om reg te laat geskied. Met eierigting bedoel die outeur dan

> "daardie regsmiddele wat beskikbaar is sonder dat 'n hofbevel of amptelike tenuitvoerlegging daarvoor nodig is" (6).

Die monografie bestaan uit drie afdelings. In die eerste afdeling word twee en twintig gemeenregtelike en statutêre voorbeelde van eierigting as regsmiddel kortliks uiteengesit. Dit is 'n nuttige samevatting van verskyningsvorme van die betrokke regsverskynsel in die praktyk. Die outeur noem onder meer die gebruik van eierigting deur 'n ander se grond te betree om die dreigende gevaar van instorting en gesondheidsbenadeling te voorkom; eierigting by die afkeer van water en ander aankomende gevare na die aanliggende grond van ander; eierigting deur 'n ander se betredende diere te verwilder of te laat skut; eierigting by die afneem van gesteelde goed; eierigting by die verwydering van oorhangende takke, oorskrydende wortels en die breek van hekke en heinings; eierigting by die bestryding van spoliasie; en eierigting teen onregmatige vryheidsberowing en arrestasie sonder lasbrief.

Die primêre oogmerk met die tweede afdeling is om teoreties aan te dui waar en hoe eierigting as regsverskynsel in die regsisteem inpas. Verskeie aangeleenthede

geniet in hierdie verband aandag. Die skrywer behandel onder meer die algemene redelikheid as maatstaf vir die toelating van eierigting as regsmiddel, die rol van nood by eierigting, die onderskeid tussen noodweer, noodtoestand en eierigting en die onderskeid tussen eierigting en regverdigingsgronde.

Die skrywer aanvaar klaarblyklik as algemene reël dat eierigting beskikbaar behoort te wees indien

> "die noodwendige vertraging van optrede indien eers gepoog sou word om langs geregtelike weg 'n regsmiddel te verkry, nadeel sou meebring" (31).

Die perke waarbinne eierigting toegelaat word, word aan die hand van *die algemene redelikheidsmaatstaf* bepaal: daar sal telkens op grond van die objektiewe redelikheidsmaatstaf uitgemaak moet word of die betrokke optrede nodig was om die intrede van nadeel te verhoed (31–32). Hy toon aan dat die bestaan van *nood* nie'n betroubare maatstaf is om alle eierigtinggevalle te identifiseer nie: optrede waarvoor nood vereis word, is nie noodwendig eierigting nie (vgl noodweg (33)) en eierigting word in heelparty gevalle toegelaat sonder dat nood aanwesig is (34).

Dit blyk dat die skrywer noodweer en noodtoestand as verskyningsvorme van eierigting sien, met as besondere kenmerk dat *nood* in die vermelde gevalle – maar nie in alle toelaatbare eierigtingsdade nie – aanwesig is (39–40). Dit is die noodsituasie, eerder as byvoorbeeld die algemene redelikheidsmaatstaf op sigself, wat eierigting in geval van noodoptrede juridies regverdig (40). Hierdie beweerde onderskeid kom egter ietwat geforseerd voor. Dit is immers ook die algemene redelikheid wat verg dat daar in geval van nood tot nadeel van 'n ander opgetree kan word. Dit is nie duidelik hoe mens die bestaan van nood los van die gemeenskapsopvatting kan beoordeel nie.

Die skrywer beskou eierigting egter nie noodwendig as 'n regverdigingsgrond, dit wil sê as 'n omstandigheid wat daarop dui dat oënskynlik onregmatige optrede inderdaad regmatig is nie. Die blote feit dat daar by sowel die geykte regverdigingsgronde as by eierigting met die redelikheidstoets gewerk word, maak volgens hom nie van eierigting 'n regverdigingsgrond nie: redelikheid speel immers 'n rol op verskeie plekke in die deliktereg, nie net by regverdigingsgronde nie (40).

Alhoewel sowel 'n regverdigingsgrond as eierigting gewoonlik as verwere geopper word, verskil hulle volgens die outeur wesenlik. Die "wesensverskil" is volgens hom klaarblyklik in die ligging van die bewyslas geleë: wanneer 'n verweerder 'n *regverdigingsgrond* opper, plaas hy die onregmatigheid van sy gevolgsveroorsaking (wat volgens hom steeds deur *die eiser* bewys moet word) in geskil. Daarenteen gee 'n verweerder wat hom op *eierigting* beroep, te kenne dat hy hom van 'n regsmiddel (waarvan die bewyslas op *hom* rus en nie op die eiser nie) bedien het (44–45). Die ligging van die bewyslas kan egter nie as wesensverskil tussen eierigting en 'n regverdigingsgrond dien nie. Feit is dat die bewyslas volgens die oorwig regspraak *ook by die regverdigingsgronde* (net soos by eierigting) op die *verweerder* rus en nie, soos die outeur te kenne gee, "deurgaans" deur die eiser behou word nie (*Mabaso v Felix* 1981 3 SA 865 (A); vgl Boberg *The law of delict* (1984) 644 ev 652 789–790 792 799 823–824). Selfs al aanvaar mens argumentshalwe die outeur se siening dat die bewyslas by regverdigingsgronde en eierigting op verskillende partye rus, is dit te betwyfel of dié feit op sigself die betrokke twee regsmiddels so wesenlik anders maak.

Die skrywer maak 'n paar interessante opmerkings in verband met die leerstuk van subjektiewe regte. Hy toon onder meer aan dat die leerstuk nie voorsiening maak vir al die omstandighede wat gewoonlik as regverdigingsgronde geld nie; nie alle regverdigingsgronde kan met verwysing na die leerstuk as regverdigingsgronde bestempel word nie. So word nêrens duidelik gestel wat die objekte is wat by ouerlike gesag, openbare amp en statutêre magtiging sou moes bestaan het om by die subjek-subjek- en subjek-objek-verhouding van die leerstuk van subjektiewe regte in te pas

nie. Die skrywer dra sodoende by om die leerstuk se rol by die onregmatigheidsvraagstuk in perspektief te plaas. Te veel word naamlik van die leerstuk verwag as mens dit dogmaties as enigste onregmatigheidskriterium beskou. Die praktyk het immers reeds die behoefte aan aanvullende onregmatigheidskriteria uitgewys. By byvoorbeeld sekere gevalle van nalatige wanvoorstelling en veroorsaking van suiwer finansiële verlies word onregmatigheid eerder bepaal aan die hand van die vraag of daar in die betrokke omstandighede 'n *regsplig* op die dader gerus het om benadeling te voorkom. (Die besef dat die leerstuk van subjektiewe regte nie die enigste onregmatigheidskriterium is nie, skakel vanselfsprekend nie die toepassing en selfs uitbouing van die leerstuk uit nie (vgl Neethling 1987 *THRHR* 317).) Nietemin, soos Van der Walt tereg aantoon, moet in gedagte gehou word

> "dat die subjektiewe regte-leer bloot 'n formuleringswyse is, waardeur ons tot uitdrukking probeer bring hoe die reg te werk gaan om aan die hand van die algemene redelikheidsmaatstaf die verhoudinge tussen regsgenote deur die afweging en toebedeling van belange te orden" (42).

Van besondere belang is dat Van der Walt die negatiewe gedagte besweer dat eierigting eintlik 'n kenmerk van 'n primitiewe gemeenskap is, synde optrede "buite die reg"; met ander woorde individuele optrede omdat die betrokke regstelsel nie die vermoë het om self in te gryp nie. Hy toon aan dat eierigting juis 'n middel is wat binne die grense van die reg bestaan en gevolglik nie as 'n buite-juridiese middel beskou behoort te word nie.

In die derde afdeling poog Van der Walt om 'n beginselstandpunt oor eierigting in te neem. Hy ag dit van besondere belang dat in enige debat – ook oor die onderhawige onderwerp – kennis geneem moet word van die uitgangspunte waarop 'n mens se gevolgtrekkings berus (2). Hy kies dan uitdruklik om eierigting "in die lig van Skrifgefundeerde antwoorde op die grondliggende vrae oor die mens en gemeenskap te bekyk" (*ibid*), om dit vanuit 'n "Bybelse perspektief" (52 ev), maar ook vanuit " 'n reformatoriese hoek" (3) te beskou, om op dié wyse "rigting in die huidige verwarring met betrekking tot die aard en plek van eierigting in die regsisteem te bring" (2) en om "die voortgaande gesprek in 'n Skrifgeörienteerde rigting te stuur" (3).

Na my mening slaag die outeur ongelukkig nie in die pasvermelde voornemens nie. In eerste instansie bring sy beginselstandpunt geen nuwe insigte vir die bestaande regsposisie in verband met eierigting na vore nie. Die skrywer kom naamlik na afloop van 'n uitvoerige ondersoek oënskynlik op grond van die Bybel (52–65) tot die gevolgtrekking dat eierigting "ordebewarend of ordeherstellend moet wees – en nie ordeversteurend nie" (65) en dat die maatstaf om te bepaal of eierigting aan dié vereiste voldoen, "die algemene redelikheidsmaatstaf" is (*ibid*). 'n "Bybelse perspektief" is egter onnodig vir hierdie gevolgtrekking wat op niks meer neerkom as 'n konstatering van die skrywer se vroeëre ontleding van die bestaande regsposisie nie. Dit is naamlik nie duidelik hoe 'n Bybelse ondersoek mens by die "algemene redelikheidsmaatstaf" uitbring nie. Die beweerde Skrifgefundeerde ondersoek behels uiteindelik weinig meer as 'n poging om eierigting te verklaar met verwysing na die sogenaamde skepping-sondeval-verlossing-benadering wat veral in Calvinistiese kringe aangehang word. Die derde afdeling dra dus nie werklik by om die problematiek by eierigting op te los nie.

Benewens die feit dat die skrywer se filosofiese ontleding uiteindelik nie juis nuwe insigte vir die eierigting-problematiek bring nie, moet die geldigheid van sekere van sy oënskynlik Bybelse uitgangspunte bevraagteken word. Dit is uiteraard nie moontlik om op al die standpunte kommentaar te lewer nie en daar word volstaan met enkele opmerkings oor die foutiewe mensbeskouing wat hy na bewering uit die Bybel aflei.

Die skrywer huldig onder meer die standpunt dat elke mens, synde "beeld van God", die "verteenwoordiger van God" op aarde is waar hy 'n "tipies koninklike

heerserstaak" verrig (54 ev). Op hierdie uitgangspunt baseer die skrywer dan sy beskouing van eierigting in die regsisteem: deel van die mens se "koninklike heerserstaak" sou dan wees om regsreëls te maak, waarby die gebruik van die "buitegeregtelike [?] regsmiddel eierigting" ingesluit is (55).

Die siening dat "die mens" (dit wil sê *elke* mens) beeld van God is, hou nie rekening met die volle inhoud van die Skrif – in besonder met die uitwerking van die sonde – nie. Dit is wel waar dat God die mens na sy beeld geskep het. Weens die sonde is die beeld van God in die mens egter vernietig. In werklikheid vertoon die natuurlike mens na die sondeval eerder die eienskappe van die duiwel as van God (Gal 5:19). Nou is dit nie meer die sondige mens nie, maar Jesus Christus wat beeld (en verteenwoordiger) van God is (Kol 1:15; 2 Kor 4:4). Alvorens die beeld van God in die mens herstel kan word, moet hy sy sonde aflê en in sy innerlike wese verander word. Hierdie "nuwe mens" – nie elke mens nie – is weer beeld van God (Ef 4:22–24; 2 Kor 3:18). (Sien in die algemeen Potgieter "Aspekte van die nie-Christelike aard van menseregte" 1989 *THRHR* 395 ev.)

As elke mens inderdaad – soos Jesus Christus – beeld van God was, sou meeste regsreëls, veral ook dié aangaande eierigting, onnodig gewees het. Christus se self-opofferende optrede en sy opdragte (soos dat mens die ander wang moet draai en benewens die bokleed ook die onderkleed vrywillig moet afstaan) bied immers geen regverdiging vir 'n regsmiddel soos eierigting nie. Die skrywer se optimistiese mensbeskouing is gevolglik nie net foutief nie; dit is boonop onversoenbaar met sy eie siening van eierigting. Dit skrywer sou waarskynlik met veel meer realisme uit 'n filosofiese hoek oor die plek van eierigting in die regsisteem kon geskryf het as hy die korrekte mensbeskouing as uitgangspunt geneem het: die natuurlike mens is 'n sondebedorwe wese wat van nature dikwels daarop uit is om sy medemens skade te doen, en nie, soos Christus, beeld van God nie.

Net soos 'n mens om klaarblyklike redes nie met 'n beroep op sekere Bybelgedeeltes 'n skyn van Christelikheid aan suiwer mensgemaakte politieke ideologieë, soos apartheid en menseregte, moet verleen nie, behoort juriste nie met die wyse waarop hulle die Bybel aanwend, die verkeerde indruk te wek dat regsreëls, -beginsels of -filosofieë "Christelik" of "Bybels" is terwyl dit, soos in die geval onder bespreking, nie so is nie. Daar bestaan naamlik onoorbrugbare verskille tussen Christelike of Goddelike voorskrifte en (selfs daarmee gelykklinkende) regsreëls wat nie opgehef word bloot omdat regsreëls in Christelike terminologie geklee word nie (vgl Potgieter *Aspekte van die juridiese beskerming van die godsdiensgevoel* (LLD-proefskrif Unisa (1987) 356–363).

Op op te som: die eerste twee afdelings van die monografie is 'n prysenswaardige poging om eierigting regsteoreties van 'n tuiste te voorsien. Dit is verblydend dat professor Van der Walt die taak onderneem het om 'n aspek van die reg wat grootliks afgeskeep was, deeglik te ondersoek. Sy bydrae bring nie net groter helderheid op teoretiese gebied nie, maar het uiteraard ook praktiese nut. Die derde afdeling, waarin gepoog word om 'n Skriftuurlike begronding vir eierigting te verskaf, moes egter liefs nie in die andersins verdienstelike monografie opgeneem gewees het nie.

JM POTGIETER
Universiteit van Suid-Afrika

Redaksioneel

In 'n belangwekkende *locus classicus*, *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A), het die appèlhof onlangs beslis dat die versuim van 'n provinsiale hospitaal om 'n getroude vrou weens sosio-ekonomiese redes ingevolge 'n ooreenkoms te steriliseer, kontrakbreuk daarstel; dit fundeer 'n skadevergoedingseis vir die skade wat sy en haar man ly as gevolg van die onderhoud van 'n kind wat weens die versuim gebore is. Die belangrikste openbare beleidsbesware teen die verlening van so 'n eis (589–593), naamlik dat die geboorte van 'n normale en gesonde kind nie as onregmatig teenoor sy ouers beskou kan word nie, en dat die geboorte van 'n kind so 'n geseënde gebeurtenis is dat die voordele van ouerskap regtens meer gewig dra as die finansiële onderhoudslas van die ouers, weerlê appèlregter Van Heerden onder andere soos volg (590E–F 591B–C):

> "In my view the concise answer to it is that the 'wrong' consists not of the unwanted birth as such, but of the prior breach of contract (or delict) which led to the birth of the child and the consequent financial loss. Put somewhat differently . . . although an unwanted birth cannot as such constitute a 'legal loss' (ie a loss recognised by law), the burden of the parents' obligation to maintain the child is indeed a legal loss for which damages may be recovered."

En:

> "I do not find attractive the proposition that the birth of a normal child is a blessing which in law cannot constitute a wrong. Parents who cannot afford a further child may well be overjoyed by the birth of another, but unwanted, sibling, but will naturally be dismayed by the additional financial burden cast upon them. It is, after all, that burden and not the child as such which is unwanted."

Afgesien van die juridiese belangrikheid van die appèlhofbeslissing, is dit ook uit 'n redaksionele oogpunt van besondere betekenis – daarom dan ook dat die vonnis vermelding in hierdie rubriek verdien. Dit is naamlik, sover bekend, die eerste keer dat van voetnote onderaan die bladsye van 'n gepubliseerde hofverslag gebruik gemaak word. Hierdie "nuwe" styl van aanbieding word verwelkom aangesien dit die teks "skoon" maak en sodoende die leesbaarheid van die uitspraak – veral vir die besige praktisyn – bevorder. 'n Mens hoop dat regter Van Heerden se voorbeeld, veral in die appèlhof, nagevolg sal word sodat dit uiteindelik gevestigde praktyk sal wees. Die gebruik van hoofde en onderhoofde, wat die stof meer hanteerbaar sistematiseer en al hoe meer in hofuitsprake te bespeur is, verdien ook steun.

JOHANN NEETHLING

Audi alteram partem in die Suid-Afrikaanse administratiefreg: 'n uitweg uit die doolhof?

AWG Raath
B Iuris LLB MA DPhil
Mede-Professor in die Administratiefreg en Regsfilosofie, Universiteit van die Oranje-Vrystaat

SUMMARY

***Audi alteram partem* in South African administrative law: an escape route from the labyrinth?**

An analysis of the application of the *audi alteram partem* rule in early South African administrative law shows that there were strong indications that the common-law principle must be applied, namely that a party shall be heard and in the absence of positive words to this effect, the justice of the common law must supply the omission of the legislature.

This approach has, however, given way to a chaotic jumble of conflicting and confusing decisions owing to the faltering attitude of our courts.

In this article seventeen of the most important decisions from 1982 to 1989 in this field are analysed. It is concluded: (a) that four distinct approaches to the application of the *audi alteram partem* rule between 1982 and 1989 can be detected; (b) that a high frequency rate in the application of the *Ngwevela* approach comes to light; (c) that the theoretically unsound *Laubscher* and *Defence and Aid Fund* approaches are still applied from time to time although they do not predominate; (d) that the test of "legitimate expectation" is a welcome breeze in our administrative adjudication; (e) and that the traditional *Ngwevela* approach should be revised. The criteria for such a revised approach are presented as a possible escape route from the labyrinth of confusing principles in the field of the application of the *audi alteram partem* rule.

1 INLEIDING

In sy diktaat *Publiek- en privaatrecht*[1] onderskei Dooyeweerd tussen die regstaat in formele en materiële sin.[2] Wat die *formele* sy van die regstaatidee betref, verklaar hy dat dit die waarborge vir die verwesenliking van die *materiële* regstaatbeginsels bevat.[3] Hierdie *formele* regstaatbeginsels is op sigself slegs van *organisatoriese* aard, en voeg Dooyeweerd by:

---

1 SRVU-uitgawe (1969) 53–54.

2 Die regstaatidee is op 'n bepaalde beginselgrondslag gebaseer. Van Eikema Hommes *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap* (1972) 508 verklaar: "De regulatieve idee van de *res publica* . . .veronderstelt . . . de staatsrechtelijke organisatie volgens de genoemde typische, constitutieve staatsrechtelijke principes, met inachtneming van de materiële competentiegrenzen van de staat, die in de vrijheidsferen van enkelingen en nietstatelijke levenskringen liggen . . . Inachtneming van deze typische beginselen en grenzen stempelt de

> "[Z]ij bevatten slechts de *variabele* vorm, waarin de materiële rechtsstaatsbeginselen in het staatsleven behoren verwezenlijkt te worden. Zij konden dan ook – los van de laatste – nimmer een wezenlijke rechtsstaat waarborgen."[4]

Tot hierdie beginsels reken Dooyeweerd die sogenaamde beginsels van skeiding van magte;[5] invoering van administratiewe regspraak waardeur die burgery die waarborge teen willekeurige inbreuk op hul regsbelange en regte – ook langs geregtelike weë – teen die owerheid in die uitoefening van sy bestuurstaak kan laat geld;[6] die onderwerping van die staatsbestuur aan die heerskappy van die reg, wat insluit die verbod op die delegasie van wetgewende magte aan die uitvoerende bestuursorgane, sodat dit die administrasie nie vrystaan om laste aan die burgery op te lê wat nie in die betrokke wetgewing self omskryf is nie.[7]

Die behoefte om die *audi alteram partem*-reël by hierdie formele beginsels in te sluit, is in die Engelse reg reeds vroeg die vorige eeu ingesien. In die ou Engelse beslissing *Cooper v Wandsworth Board of Works*[8] het regter Byles verklaar:

> "Although there are no positive words in a statute requiring that the party shall be heard, yet the justice of the common law will supply the omission of the legislature . . ."

Ook in regsisteme in Europa is die behoefte toenemend gevoel om die reg om aangehoor te word as formele regstaatbeginsel in wetgewing te erken en te beskerm. Aldus is byvoorbeeld in Oostenryk in 1925[9] en in Duitsland in 1964[10] vir die nakoming van die *audi alteram partem*-reël onder bepaalde omstandighede voorsiening gemaak.[11]

---

vervolg van vorige bladsy

staat tot rechtstaat." Volgens Van Eikema Hommes is die vormgewing aan hierdie beginsels in die veranderlike staatsvorms van bv 'n republiek, konstitusionele monargie ens, hoeseer ook noodsaaklik vir die ontstaan en voortbestaan van 'n konkrete staat, van betreklik ondergeskikte belang ten opsigte van die materiële regstaatstruktuur, en is grootliks van die politieke geskiedenis van 'n land afhanklik. Van beslissende belang is egter of binne hierdie staatsvorme die tipiese aard van die staat as regstaat onder leiding van die idee van die *res publica* gerealiseer word.

3 *Op cit* 53: "Wat hebben wij onder deze formele zijde te verstaan? Zij omvat de *formele* waarborgen voor een verwerkelijking van de *materiële* rechtsstaatsbeginselen. Deze formele waarborgen zijn vooral in de tweede periode van de rechtsstaatstheorie door verschillende schrijvers (to Buys, in Duitsland Stahl, Von Bähr, Rudolph von Gneist e a) uitgewerk."

4 *Idem* 54.

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

8 (1863) 14 CB (NS) 180 194, 143 ER 414 420.

9 Sien Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, gewysig in 1950.

10 Sien par 21 van die Munsterentwurf eines Verwaltungsfahrensgesetzes van 1964 wat soos volg lui: "1) Bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, soll dem Beteiligten Gelegenheit gegeben werden, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äussern. Das gleiche gilt, bevor ein Antrag abgelehnt wird, der den Erlass eines Verwaltungsaktes zum Gegenstand hat. 2) Von der Anhörung kann abgesehen werdern, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalles nicht geboten ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn 1. eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzuge oder öffentlichen Interesse notwendig erscheint; 2. durch die Anhörung die Einhaltung einer für die Entscheidung mass-geblichen Frist in Frage gestellt würde; 3. die Behörde eine Allgemeinverfügung oder gleichartige Verwaltungsakte in grosser Zahl erlassen will. 3) Rechtsvorschriften, die eine Anhörung im weiteren Umfange vorsehen, bleiben unberührt."

11 Vir vroeëre ontwikkelinge in Nederland in hierdie verband sien Rapport van de Commissie Inzake Algemene Bepalingen van Administratief Recht *Algemene bepalingen van administratief recht* (1971) 54–55.

In Suid-Afrika is reeds in 1908 in die saak *Chief Constable, Pietermaritzburg v Ishim*[12] verklaar dat die *audi alteram partem*-reël deel van die gemenereg is:

> "It is a principle of the Common Law that no man shall be condemned unheard, and it would, to our mind, require very clear words in the Statute to deprive a man of that right."[13]

In die beslissing van *R v Ngwevela*[14] het hoofregter Centlivres so ver gegaan om 'n weerlegbare vermoede ten gunste van die toepassing van die *audi alteram partem*-reël te postuleer:

> "The maxim [*audi alteram partem*] should be enforced unless it is clear that Parliament has expressly or by necessary implication enacted that it should not apply or that there are exceptional circumstances which would justify the Court's not giving effect to it."[15]

Die bewyslas vir die weerlegging van hierdie vermoede is deur hoofregter Rumpff verder verswaar toe hy in *Publications Control Board v Central News Agency*[16] verklaar het dat die verwysing na "necessary implication" te ver gaan, aangesien hierdie woorde 'n graad van afleiding vereis wat taalkundig verder gaan as die afleiding van "duidelike bedoeling" van die wetgewer en dat dit onnodig skyn te wees.[17]

Ten spyte van hierdie vermoede, het daar volgens Baxter sedert die middel van die twintigste eeu 'n hele aantal verwarrende en teenstrydige beslissings die lig gesien wat die regsposisie met betrekking tot die toepassing van die *audi alteram partem*-reël in grootskaalse onsekerheid gedompel het.[18] Taitz[19] het in 1982 op die volgende aspekte gewys:

(a) 'n Ontleding van die toonaangewende uitsprake van die appèlhof met betrekking tot die toepassing van die *audi alteram partem*-reël bring aan die lig dat die hof die toepassing van dié reël op nie minder nie as sewe verskillende wyses regverdig.[20]

(b) Sommige van hierdie regverdigings of benaderings bots en sluit mekaar uit. Nogtans het die hof dit tot in daardie stadium nie goedgevind om die botsende benaderings te verwerp of te kritiseer nie.[21]

(c) Inteendeel, daar is onsuksesvolle pogings aangewend om die meer ernstig botsende benaderings met mekaar te versoen en om 'n sintese te bereik. Die gevolg is 'n dubbelsinnige en verwarrende stel regsreëls.[22]

---

12 (1908) 29 NLR 338.
13 341.
14 1954 1 SA 123 (A).
15 131.
16 1970 3 SA 479 (A).
17 489C. Dit is ook die interpretasie wat Taitz "The application of the *audi alteram partem* rule in South African administrative law" 1982 *THRHR* 258 aan die opmerkings van Rumpff HR heg. Volgens Baxter *Administrative law* (1984) 572 vn 232 is dit duidelik dat Rumpff HR die vermoede ten gunste van die reëls van natuurlike geregtigheid met *prima facie* gesag beklee het, wat vir die weerlegging daarvan 'n uitdruklike of geïmpliseerde bedoeling van die parlement vereis.
18 *Op cit* 572: "Despite the strength of the presumption, and despite its earlier strict enforcement by the judiciary, a number of judges in the British Commonwealth and South Africa began to lose heart as they were faced even more squarely by the proliferation and complexity of administrative authorities during the mid-twentieth century... This led to a chaotic jumble of contradictory decisions and conceptual confusion."
19 1982 *THRHR* 264 ev.
20 Vgl *idem* 271–272.
21 *Idem* 255.
22 *Ibid.*

(d) Die howe behoort die beginsel te handhaaf dat elke persoon wie se regte deur administratiewe optrede geraak word of kan word, die absolute reg het om aangehoor te word tensy hierdie reg hom deur 'n ondubbelsinnige geskrewe bevel van die parlement ontsê word.[23]

In hierdie artikel word eerstens sewentien van die belangrikste gerapporteerde hofbeslissings oor die toepassing van die *audi alteram partem*-reël gedurende die tydperk 1982 tot 1989 ondersoek ten einde vas te stel in welke mate die verwarrende toepassing van verskillende benaderings in ons regspraak uitgeskakel is. Tweedens word moontlike regsontwikkelinge in hierdie tydperk ondersoek en die vraag beantwoord in welke mate prinsipiële besware teen bestaande toepassings van die *audi alteram partem*-reël uit die weg geruim is.

2 *AUDI ALTERAM PARTEM* IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG: DIE BENADERING VOOR 1982

Uit vroeë Suid-Afrikaanse administratiefregtelike hofbeslissings is dit duidelik dat die beginsel gegeld het dat die reëls van natuurlike geregtigheid van toepassing was op alle administratiewe handelinge, ongeag die aard daarvan, indien hierdie handelinge die regte van onderdane geaffekteer het. In *Naike, Ltd v Boksburg Municipality*[24] sê regter-president De Villiers byvoorbeeld:

> "I am not concerned meticulously to determine where their administrative functions end and where their quasi-judicial functions begin, for I am prepared to accept the law that a public body of this nature must act impartially and honestly . . . according to the rules of reason and justice."[25]

So onlangs as 1953 verklaar regter Murray in *South African Broadcasting Corporation v Transvaal Townships Board*:[26]

> "[T]here can, I think, be no doubt but that the City Council acts in a purely administrative capacity when it hears applications . . . Even though presumably it must afford a hearing to applicants and objectors and act in accordance with the principles of natural justice, it in no sense conducts a judicial or semi-judicial enquiry."[27]

In sowel die Suid-Afrikaanse as die Engelse reg is dié benadering egter afgewater, in so 'n mate dat die *audi alteram partem*-reël hoofsaaklik op sogenaamde "kwasie-judisiële" handelinge van toepassing gemaak is.[28] Voorts is die vermoede *ten gunste* van die toepassing van dié reël met verloop van tyd sodanig

---

23 *Idem* 273: "One of the three principles which the court was requested to enshrine is the absolute right of any individual, who is or who may be affected by any administrative decision, to be heard in his defence – such right to be denied only on the unequivocal written command of parliament."

24 1918 WLD 92.

25 95. Dit blyk ook uit talle ander beslissings dat die onderskeid tussen suiwer administratiewe en kwasie-judisiële administratiewe handelinge dikwels oorboord gegooi is en dat die reëls van natuurlike geregtigheid in die vroeër beslissings mbt die toepassing van die *audi alteram partem*-reël wye toepassing geniet het. Vgl bv *Fernandez v South African Railways* 1926 AD 60 68; *Builders, Ltd v Union Government (Minister of Finance)* 1928 AD 46 55; *Pietersburg Club, Ltd v Pietersburg Licensing Board* 1931 TPD 217 222; *Sullivan v Wheat Industry Control Board* 1946 TPD 194 206–207; *South African Broadcasting Corporation v Transvaal Townships Board* 1953 4 SA 169 (T) 175.

26 Sien vn 25 *supra*.

27 175.

28 Dit was veral die beslissing van *Jooma v Lydenburg Rural Licensing Board* 1933 TPD 477 485 wat die voortou hierin geneem het. In *The Master v Souter* 1936 AD 492 499 het die hof op soek gegaan na die kenmerke van 'n hof ten einde kwasie-judisiële handelinge te identifiseer.

aangepas en verander dat in *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice*[29] 'n vermoede *teen* die toepassing van die reël aanvaar is. Volgens Baxter moet hierdie gesindheid van die howe aan hulle wyfelende benadering toegeskryf word:

> "It was almost as if, having at last recognized the existence of the administrative state, the judges had lost confidence in the legitimacy of their own role within the constitution. Like the tightrope walker who suddenly begins to question his ability halfway across the rope, they began to falter. This led to a chaotic jumble of contradictory decisions and conceptual confusion."[30]

Die gevolglike onsekerheid is in die Engelse reg in die bekende saak van *Ridge v Baldwin*[31] grootliks uit die weg geruim. In die Suid-Afrikaanse reg duur hierdie onsekerheid egter steeds voort vir sover daar vier appèlhofuitsprake oor die toepassing van die *audi alteram partem*-reël geld. Hierdie vier uitsprake is in 'n mindere of 'n meerdere mate onderling teenstrydig en gee tot botsende toepassings van die *audi alteram partem*-reël aanleiding.[32] Die vier uiteenlopende benaderings kan soos volg saamgevat word:

(a) Die benadering in *R v Ngwevela*[33] behels dat elke individu wie se regte deur 'n administratiewe beslissing geaffekteer word, die reg het om aangehoor te word tensy dit duidelik is dat die wetgewer sodanige reg, hetsy uitdruklik of met 'n duidelike bedoeling te dien effekte, uitgesluit het. In buitengewone omstandighede, byvoorbeeld 'n nasionale noodtoestand, mag die hof bevind dat die omstandighede van die besondere saak nie-nakoming van die *audi alteram partem*-reël regverdig.[34]

(b) In *Laubscher v Native Commissioner, Piet Retief*[35] het die appèlhof as beginsel gekonstateer dat geen persoon die reg het om aangehoor te word nie waar (i) die gewraakte administratiewe beslissing van 'n "suiwer administratiewe aard" is en (ii) sy te beskermde regte deur die hof as onbestaanbaar bevind word.[36]

(c) Die appèlhof het in *Pretoria City Council v Modimola*[37] die toepassing van die *audi alteram partem*-reël verder beperk deur soos volg te beslis: (i) Geen enkele lid van die samelewing as geheel, wie se regte gesamentlik en/of afsonderlik met die van ander onderdane nadelig geraak word deur 'n administratiewe handeling, het die reg om aangehoor te word nie; en (ii) geen persoon het die reg om aangehoor te word indien sy regte nadelig getref word in die belang van die gemeenskap as 'n geheel nie.[38]

---

29 1967 1 SA 263 (A).

30 *Op cit* 572.

31 [1964] AC 40. Baxter *op cit* 572 vn 234 verklaar van hierdie beslissing: "Lord Reid cleared away the thicket of confusion surrounding the application of natural justice in English law thereby rescuing most, though not all, English judges from their own judicial wilderness."

32 Sien hier veral die bekende en insiggewende artikel van Taitz vn 17 *supra*.

33 1954 1 SA 123 (A).

34 In hierdie saak was die vyf appèlregters eenparig in hul beslissing. Die hof het die uitwerking van 'n nasionale noodtoestand oorweeg vir sover dit die nie-nakoming van die reg om aangehoor te word, kan regverdig. Centlivres HR het hierdie voorbehoud regverdig met verwysing na die Engelse belissing *Verteuil v Knaggs* 1918 AC 557 560–561.

35 1958 1 SA 546 (A).

36 Alhoewel die beslissing eenparig was, kan twee verskillende *rationes decidendi* in die drie uitsprake van die regters onderskei word (sien hieroor Taitz 1982 *THRHR* 259).

37 1966 3 SA 250 (A).

38 In effek kom dit daarop neer dat daar geen plig op 'n plaaslike owerheid rus om 'n persoon wat deur 'n onteieningsbevel geraak word, die geleentheid te gee om aangehoor te word nie.

(d) In *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice*[39] het die appèlhof bevind: (i) Geen persoon het aanspraak om aangehoor te word tensy die betrokke administratiewe handeling van 'n "kwasie-judisiële" aard is nie; en tensy die regte van die benadeelde individu deur sodanige administratiewe handeling geaffekteer word, is dit nie van 'n "kwasie-judisiële" aard nie. Dit kom dus daarop neer dat geen persoon aanspraak het om aangehoor te word tensy die gewraakte administratiewe handeling van 'n "kwasie-judisiële" aard is nie. (ii) Die reg om aangehoor te word, is nie by implikasie ingesluit in enige wetgewende maatreël of selfs deel van die Suid-Afrikaanse gemenereg nie. 'n Geregtelike ondersoek is nodig ten einde vas te stel of die *audi alteram partem*-reël, hetsy uitdruklik of by noodwendige implikasie, in die betrokke wetgewende maatreël vervat is. Volgens hierdie benadering, sê Taitz,[40] is die *audi alteram partem*-reël 'n toegif wat deur middel van wetgewing, uitdruklik of stilswyend, verleen word.[41] Die *Defence and Aid Fund*-benadering is in die appèlhofbeslissing van *Turner v Jockey Club of South Africa*[42] voortgesit toe appèlregter Botha[43] die toepassing van die *audi alteram partem*-reël tot die diskresionêre beslissings van nie-staatlike tribunale, te wete vrywillige verenigings, beperk het.[44]

Met betrekking tot hierdie onderling botsende beslissings van die appèlhof het Taitz in 1982 verklaar dat daar in daardie stadium in die Suid-Afrikaanse reg sewe onderskeibare botsende benaderings gehuisves is, sommige waarvan direk teenstrydig was.[45]

3 *AUDI ALTERAM PARTEM* IN DIE SUID-AFRIKAANSE ADMINISTRATIEFREG SEDERT 1982

3 1 Verskillende benaderings

Wat die regsontwikkeling ten aansien van die toepassing van die *audi alteram partem*-reël sedert 1982 betref, kan die volgende algemene opmerkings ten aanvang gemaak word:

(a) Uit die totale aantal beslissings wat oor die toepassing van die reël gehandel het, kan van *Leburu v Voorsitter, Nasionale Vervoerkommissie*[46] tot met *Moodley*

---

39 1967 1 SA 263 (A).

40 Sien 1982 *THRHR* 271.

41 Taitz *ibid* sê van hierdie uitspraak: "If the approach in the *Ngwevela* case as amplified by the *Publications Control Board* case may be considered the judicial high water mark, then the relegation of the right to be heard from a presumption of law to a mere privilege which depends on the result of a judicial enquiry whether the legislature intended to include such privilege, must be considered the ebb-tide mark regarding the subject." Daar word ter oorweging gegee dat die effek van hierdie beslissing selfs nog ernstiger is as wat Taitz meen. Mi kom dit daarop neer dat 'n weerlegbare vermoede teen die toepassing van die *audi alteram partem*-reël geskep word. In hierdie opsig staan dit dus lynreg teenoor die *Ngwevela*-beslissing.

42 1974 3 SA 633 (A).

43 Die beslissing in die *Modimola*-saak en die meerderheidsbeslissing in die *SA Defence and Aid Fund*-saak is ook deur Botha AR gelewer.

44 Mbt statutêre tribunale (administratiewe liggame) verklaar Botha AR:"[The] obligation to observe the elementary principles of justice derives from the expressed or implied terms of the relevant enactment" (645A).

45 Sien Taitz 1982 *THRHR* 271–272 se bespreking.

46 1983 4 SA 89 (T).

v Minister of Education & Culture, House of Delegates[47] sewentien beslissings van belang vir hierdie ondersoek geïdentifiseer word.

(b) Hierdie sewentien beslissings kan in vier duidelike kategorieë onderskei word, te wete (i) tien beslissings wat die *Ngwevela*-benadering volg; (ii) vier beslissings wat die *Laubscher*-tradisie voortsit; (iii) twee beslissings wat 'n uitdruklike aanpassing van die benadering in die *Laubscher*-saak behels, oftewel 'n toets van "legitimate expectation" in ons reg toepas; en (iv) een beslissing wat die *Defence and Aid Fund*-benadering voortsit.

(c) Die indeling van die sewentien beslissings in die vier kategorieë lyk soos volg:

(i) *Leburu v Voorsitter, Nasionale Vervoerkommissie*;[48] *N v Minister of Law and Order*;[49] *Morajee v Minister of Law and Order*;[50] *Buthelezi v Attorney-General, Natal*;[51] *Omar v Minister of Law and Order*;[52] *Krallman v Minister of Home Affairs*;[53] *Attorney-General, Eastern Cape v Blom*;[54] *Mokoena v Administrator, Transvaal*;[55] *S v Khunong*;[56] *Moodley v Minister of Education and Culture, House of Delegates*.[57]

(ii) *Ngubani v Minister of Education and Culture, Ulundi*;[58] *Strydom v Staatspresident, Republiek van Suid-Afrika*;[59] *Castell v Metal and Allied Workers Union*;[60] *Matthyssen Busvervoer (Edms) Bpk v Voorsitter, Plaaslike Padvervoerraad, Kimberley*.[61]

(iii) *Langeni v Minister of Health and Welfare*;[62] *Lunt v University of Cape Town*.[63]

(iv) *Swart v Minister of Education and Culture, House of Representatives*.[64]

Vervolgens word die belang van die beslissings in die vier kategorieë bespreek en ondersoek ingestel na moontlike regsontwikkelings in die toepassing van die *audi alteram partem*-reël in die Suid-Afrikaanse administratiefreg.

3 2 Ondersteuning van die *Ngwevela*-benadering in die Suid-Afrikaanse administratiefreg

Dit is opmerklik dat sedert 1982 daar 'n hoë toepassingsfrekwensie van die *Ngwevela*-benadering in die Suid-Afrikaanse administratiefreg was. Uit die sewentien beslissings wat oor die toepassing van die *audi alteram partem*-reël

47 1989 3 SA 221 (A).
48 Sien vn 46 *supra*.
49 1986 3 SA 921 (K).
50 1986 3 SA 823 (D).
51 1986 4 SA 377 (D).
52 1987 3 SA 859 (A).
53 1987 4 SA 510 (W).
54 1988 4 SA 645 (A).
55 1988 4 SA 912 (W).
56 1989 2 SA 218 (W).
57 Sien vn 47 *supra*.
58 1985 3 SA 160 (D).
59 1987 3 SA 74 (A).
60 1987 4 SA 795 (A).
61 1987 4 SA 490 (NK).
62 1988 4 SA 93 (W).
63 1989 2 SA 438 (K).
64 1986 3 SA 331 (K).

gehandel het, het tien beslissings oorwegend voorkeur aan die *Ngwevela*-benadering gegee. In sommige beslissings is egter eienaardige en juridies vreemdsoortige toetse aangelê om onversoenbare benaderings met mekaar te verenig ten einde te bepaal of die *audi alteram partem*-reël toepassing moet vind. 'n Mens sou met reg kon verklaar dat in sommige gevalle 'n nuwe toepassing van die reël binne die bestek van die *Ngwevela*-benadering ontwikkel het.

(a) In *Leburu v Voorsitter, Nasionale Vervoerkommissie*[65] poog die hof byvoorbeeld om die teenstrydige benaderings in die *Ngwevela*- en *Defence and Aid Fund*-beslissings met mekaar te versoen. Regter Grosskopf bevind dat die blote feit dat bestaande regte van die individu deur die diskresie van die staatsadministrasie nadelig getref is, nie beteken dat die reëls van natuurlike geregtigheid noodwendig nagekom behoort te word nie.[66] Nadat hy die vermoede ten gunste van die toepassing van die *audi alteram partem*-reël, soos deur hoofregter Centlivres in die *Ngwevela*-saak geformuleer word, toegepas het,[67] bring die regter die kriteria soos deur appèlregter Botha in die *Defence and Aid Fund*-saak by.[68] Regter Grosskopf probeer hierdie twee beslissings versoen deur die uitsonderings op die toepassing van die *audi alteram partem*-reël buite hul oorspronklike verband uit te brei. Met verwysing na hoofregter Ogilvie Thompson se *dictum* in *Winter v Administrator-in-Executive Committee*[69] beweer die regter dat die toets vir moontlike insluiting van die reël te hoog gestel word deur die sinsnede "by necessary implication" daarin (soos in die *Ngwevela*-benadering) te vervat.[70] Hiermee verloor die regter uit die oog dat wat "exceptional circumstances" betref, dit slegs op omstandighede van algemene noodtoestand of nasionale veiligheidsbedreiging van toepassing kan wees. Die verwysing na "buitengewone omstandighede" in ons reg[71] is tot dusver slegs erken waar die deportasie van vreemdelinge op veiligheidsgronde ter sprake was, soos blyk uit die beslissings in *Minister of the Interior v Bechler*[72] en *Winter v Administrator-in-Executive Committee.*[73] Blote administratiewe ongerief is in *Dhlamini v Minister of Education and Training*[74] as onvoldoende geag.

Alhoewel die hof in die *Leburu*-saak[75] die *Ngwevela*-benadering volg, word die vermoede ten gunste van die toepassing van die *audi alteram partem*-reël aan inbreuk op bestaande regte van die onderdaan onderworpe gestel. Hiermee

---

65 Sien vn 46 *supra.*

66 Hy verklaar (96H): "Na my mening het die eerste respondent wel 'n diskresie uitgeoefen waardeur die bestaande regte van die applikante nadelig getref is. Dit op sigself beteken egter nog nie dat die reëls van natuurlike geregtigheid noodwendig nagekom behoort te word nie."

67 Sien 97A waar hy verwys na die *dictum* van Centlivres HR in die *Ngwevela*-beslissing (131H).

68 Sien 97B–C.

69 1973 1 SA 873 (A).

70 888G ev.

71 Sien hier bv die *dictum* van Centlivres HR in die *Ngwevela*-saak (131) waar hy verklaar: "The maxim [*audi alteram partem*] should be enforced unless it is clear that Parliament has expressly or by necessary implication enacted that it should not apply or that there are exceptional circumstances which would justify the Court's not giving effect to it."

72 1948 3 SA 409 (A) 452.

73 1973 1 SA 873 (A) 890–891.

74 1984 3 SA 255 (N) 260F–E. Baxter *op cit* 571 vn 230 beveel aan dat die voorbehoud van "exceptional circumstances" laat vaar moet word.

75 Sien vn 46 *supra.*

kom een van die wesenlike gebreke van die *Ngwevela*-benadering aan die lig aangesien die howe 'n baie beperkte siening van die aard en omvang van die onderdaan se regte het. Wiechers[76] verklaar byvoorbeeld:

> "In Suid-Afrika is die toepassing van die reëls van natuurlike geregtigheid veral om drie redes ernstig belemmer: eerstens weens 'n onvolledige of gebrekkige erkenning en waardering van die regte, voorregte en vryhede van die onderdane wat in die gedrang kom . . ."

As gevolg hiervan lei die aandrang op inbreuk op bestaande regte dikwels daartoe dat onderdane wat aansoek om bepaalde regte doen, hoewel hulle geen regskrenking ondergaan het nie maar nogtans 'n duidelike regsbelange-aantasting kan aantoon, hul nie op die toepassing van die *audi alteram partem*-reël kan beroep nie. Voorts interpreteer die regter die uitsonderings op die toepassing van die reël in die *Ngwevela*-saak só wyd dat die vermoede in laasgenoemde beslissing byna niksseggend kan word. Hier het 'n mens met 'n standpunt ten aansien van die *Ngwevela*-benadering te make wat die effek van hierdie beslissing kommerwekkend afwater.

(b) Ten aansien van die toepassing van artikel 30 van die Wet op Binnelandse Veiligheid[77] het twee belangwekkende uitsprake met betrekking tot die nakoming van die *audi alteram partem*-beginsel die lig gesien. In *Buthelezi v Attorney-General, Natal*[78] kan sowel positiewe as negatiewe aspekte ten aansien van die toepassing van die beginsel onderskei word. Eerstens is dit te betreur dat alhoewel regter Kumleben instemmend na die *Ngwevela*-benadering verwys,[79] hy die vermoede ten gunste van die toepassing van die *audi alteram partem*-reël sodanig afwater dat hy 'n toets implementeer wat behels dat die "implisiete inkorporasie" van die reël aanvaar word afhangende van die betrokke omstandighede.[80] Die regter vind wel die "implisiete inkorporasie" van die reël in die feit dat artikel 30 'n growwe inbreuk op die regte van die individu en die vryheid van die onderdaan behels; die moontlike gevolge van die betrokke wetgewing is dus so ernstig dat die toepassing van die *audi alteram partem*-reël aanvaar moet word. Die relativering van die vermoede ten gunste van die reël deur dit van die moontlike gevolge van 'n wetgewende maatreël afhanklik te stel, het sedert die beslissing *Publications Control Board v Central News Agency*[81] sterk op die voorgrond getree. Hiermee word die deur vir die verwatering van die *Ngwevela*-benadering geopen vir sover die *omvang* van die inbreuk op bestaande regte vir die toepassing van die reël bepalend is. Tweedens is dit nietemin besonder bemoedigend dat 'n sekere mate van buigsaamheid in die toepassing van die *Ngwevela*-benadering ten aansien van nasionale noodtoestande gehandhaaf word. Met verwysing na *Omar v Minister of Law and Order*[82] verklaar die hof dat die *audi alteram partem*-reël in bepaalde omstandighede beperkend geïnterpreteer moet word, byvoorbeeld waar dit teen die belange van die staat sal wees om sekere inligting bekend te maak.[83] Met verwysing na *Sacks v Minister of*

---

76 *Administratiefreg* (1984) 244.
77 Wet 74 van 1982.
78 Sien vn 51 *supra*.
79 379D–E.
80 Hierdie blyk ook 'n poging tot versoening van die *Ngwevela*- en *Defence and Aid Fund*-benadering te wees.
81 1970 3 SA 479 (A).
82 1986 3 SA 306 (C) 329J–330B.
83 380A van die uitspraak: "It is generally acknowledged that in certain circumstances the rule is perforce to be restrictively applied, for instance where it would be contrary to the interests of the State for certain information to be disclosed."

Justice; Diamond v Minister of Justice[84] stel die hof as beginsel dat die toepassing van die reël uitgesluit is waar nakoming van die reël die doel van die betrokke wetgewende maatreël sal frustreer. Aangesien hierdie omstandighede nie in die saak ter sprake is nie, aanvaar die hof dat die prokureur-generaal se versuim om die *audi alteram partem*-reël toe te pas voordat hy 'n bevel ingevolge artikel 30 van die Wet uitgereik het, die bevel ongeldig maak.

In *Attorney-General, Eastern Cape v Blom*[85] is die beslissing in die *Buthelezi*-saak ten aansien van die *Ngwevela*-benadering goedkeurend toegepas. Hierdie appèlhofbeslissing is in meer as een opsig 'n triomf vir die *Ngwevela*-benadering in die Suid-Afrikaanse reg. Eerstens volg appèlregter Corbett die rigting van hoofregter Rumpff in *Publications Control Board v Central News Agency Ltd*[86] waarvolgens 'n "clear intent" vereis word alvorens die vermoede ten gunste van die toepassing van die reël weerlê kan word.[87] Tweedens is dit van besondere betekenis dat die appèlregter die *Defence and Aid Fund*-benadering uitdruklik afwys:

> "The 'implied incorporation' formulation appears to contemplate an incorporation of the right by implication, followed by the possibility of the exclusion thereof by implication. It is true that, as I understand the position, the incorporation would be based merely on the circumstances postulated above [and] the exclusion by implication upon a consideration of the statutory enactment as a whole, but nevertheless I find this formulation logically less satisfactory."[88]

Dit is egter teleurstellend dat die appèlhof huiwerig is om die administratiefreg 'n guns te bewys deur die *Defence and Aid Fund*-benadering uitdruklik te verwerp. Tot tyd en wyl dit gebeur, sal die spook van een van die mees gekritiseerde beslissings in die Suid-Afrikaanse administratiefreg sy tol aan afgewaterde *audi alteram partem*-toepassings in ons regspraak eis.

(c) Drie uitsprake oor veiligheidskwessies en die toepassing van die *audi alteram partem*-reël kan met gemengde gevoelens ontvang word. Hierdie drie sake is *N v Minister of Law and Order*,[89] *Morajee v Minister of Law and Order*[90] en *Omar v Minister of Law and Order*.[91] Al drie beslissings is op die *Ngwevela*-benadering gebaseer maar is nie om hierdie rede alleen aanvaarbaar nie. In die *N*-saak[92] was artikel 50 van die Wet op Binnelandse Veiligheid[93] ter sprake. Regter Vivier kom tot die gevolgtrekking dat uit die wet as geheel blyk dat die uitoefening van 'n diskresie verleen aan 'n landdros ingevolge artikel 50(2)(b) nie onderworpe is aan die toepassing van die *audi alteram partem*-reël nie. Volgens die hof is die magte wat aan 'n polisiebeampte en 'n landdros ingevolge artikel 50 verleen word, van 'n voorkomende aard: hulle is daarop gerig om 'n bestaande toestand van onrus te ontsenu of te beëindig of om die hervatting

---

84 1934 AD 11 38.
85 Sien vn 54 *supra*.
86 Sien vn 81 *supra*.
87 Sien Corbett AR (622D–E) se verwysing na Rumpff AR se bespreking van die toets dat die eerste been 'n vermoede behels dat die *audi alteram partem*-reël toegepas moet word en tweedens die beginsel dat die vermoede bly geld tensy die duidelike bedoeling van die parlement die toepassing van die reël uitsluit.
88 662I.
89 Sien vn 49 *supra*.
90 Sien vn 50 *supra*.
91 Sien vn 52 *supra*.
92 Vn 49 *supra*.
93 Wet 74 van 1982.

van 'n onrustoestand te voorkom. Volgens die hof blyk die dringende en spoedige aard van optrede duidelik uit die betrokke statutêre maatreël. 'n Vertraging deur die betrokke persoon geleentheid te gee om homself te verweer, sal volgens die hof die eintlike doel van die bepalings van artikel 50 frustreer. Om hierdie rede is 'n landdros wat genader word met 'n aansoek vir die verdere aanhouding van 'n aangehoudene ingevolge artikel 50(2) nie verplig om hierdie persoon die geleentheid te gee om sy saak te stel voordat 'n lasbrief ingevolge die subartikel uitgereik word nie.

Hierdie feite kan duidelik van dié in die *Buthelezi*-saak onderskei word; die beginsel van die *Sacks*-beslissing, soos in die *Buthelezi*-saak na verwys, behoort hier toegepas te word. Alhoewel die beroep op die *Ngwevela*-benadering ook ondersteun kan word, is dit tog kommerwekkend dat die "implisiete inkorporasie"-benadering ook in hierdie beslissing voortleef. Aldus verklaar regter Vivier:

> "There is no express provision in s 50 for a prospective detainee to state his case. It is obvious, however, that under circumstances such as the present the *audi alteram partem*-rule will ordinarily by implication apply."[94]

Die verwysing na "circumstances such as the present" laat die moontlikheid dat die subjektiewe oordeel van regters, ten spyte van die vermoede ten gunste van die *audi alteram partem*-reël, in bepaalde omstandighede tot die matelose relativering en verwatering van die *Ngwevela*-benadering kan lei.

In *Morajee v Minister of Law and Order*[95] was een van die regsvrae of die verdere aanhouding van 'n persoon wat ingevolge artikel 29 van die Wet op Binnelandse Veiligheid[96] gearresteer en aangehou word, ongeldig is omdat die periode van aanhouding ingevolge artikel 29(3)(a) verleng is sonder dat die aangehoudende geleentheid gehad het om sy kant van die saak te stel. Alvorens na die hof se toepassing van die *Ngwevela*-benadering gekyk word, moet die aandag eers op 'n belangrike punt van verskil tussen die ou Wet op Onderdrukking van Kommunisme[97] en die nuwe Wet op Binnelandse Veiligheid[98] gevestig word.

In verskeie opsigte is aspekte van die *audi alteram partem*-reël in die nuwe wet opgeneem. Aldus verklaar Baxter byvoorbeeld:

> "The Internal Security Act 74 of 1982 contains a number of provisions which allow for hearings in substitute for the tradisional form of natural justice which was originally held to be necessary in *R v Ngwevela* . . ."[99]

Die hof[100] wys op die bepalings van artikel 29 uit hoofde waarvan prosedures om aangehoudenes die reg te gee om aangehoor te word, tot stand gebring word. Alhoewel dit aangehoudenes uit hoofde van artikel 4 te eniger tyd vrystaan om skriftelike voorleggings met betrekking tot hul aanhouding te maak, behoort nie ligtelik aanvaar te word dat die bestaande prosedures in hierdie verband voldoende is nie. Indien daar nie uitdruklik vir die *audi alteram partem*-reël voorsiening gemaak word nie, behoort dit nie by wyse van implikasie geredelik aanvaar te word dat die reël uitgesluit word of dat bestaande prosedures 'n voldoende substituut daarvan is nie.

---

94 924G.
95 Kyk vn 50 *supra.*
96 Sien vn 93 *supra.*
97 Wet 44 van 1950.
98 Sien vn 93 *supra.*
99 *Op cit* 570 vn 221.
100 834C–F.

Die *Omar*-saak is waarskynlik een van die mees gekritiseerde beslissings in onlangse tye.[101] Wat die toepassing van die *audi alteram partem*-reël betref, is die meeste van hierdie kritiek geregverdig omdat dit die reg om aangehoor te word as belangrike sluitsteen van die formele regstaatbeginsel misken. Ingevolge die Wet op Openbare Veiligheid[102] is die staatspresident gemagtig om 'n noodtoestand af te kondig[103] en noodregulasies uit te vaardig indien dit na sy mening blyk dat die optrede of dreigende optrede van 'n persoon of liggaam of omstandighede in die Republiek sodanig is dat "die veiligheid van die publiek, of die handhawing van die openbare orde ernstig bedreig" word, en dat die gewone landswette onvoldoende is om die regering in staat te stel om die veiligheid van die publiek te verseker en die openbare orde te handhaaf.

In 1985 en 1986 het die staatspresident 'n noodtoestand afgekondig en regulasies uitgevaardig wat voorsiening maak vir die arrestasie van enige persoon wat, na die mening van 'n lid van die polisiemag of die veiligheidsmagte, noodsaaklik is vir die handhawing van die openbare orde of die veiligheid van die publiek of die betrokke persoon self.[104] Voorts is voorsiening gemaak dat so 'n persoon vir 'n tydperk van nie langer nie as veertien dae aangehou mag word, maar dat die Minister van Wet en Orde sonder kennisgewing aan enige persoon en sonder om enige persoon aan te hoor die tydperk van aanhouding mag verleng.[105] Die toepassing van die *audi alteram partem*-reël teen die agtergrond van hierdie feite is veral om twee redes hoogs problematies:

(i) Eerstens word die status van die *audi alteram partem*-reël grondig aangetas.

(ii) Tweedens word die toepassing van die reël grootliks in die hande van die uitvoerende gesag geplaas en weier die hof om sy kontrolering van die jurisdiksionele feite in hierdie saak na behore uit te oefen.

Wat (i) betref, aanvaar waarnemende hoofregter Rabie dat die *audi alteram partem*-reël 'n fundamentele reg is en dat 'n ondergeskikte wetgewer – soos die staatspresident in hierdie geval – nie die onderdaan so 'n reg kan ontneem tensy hy uitdruklik of by noodwendige implikasie deur die wet gemagtig is om dit te doen nie.[106] Ten spyte hiervan beslis die regter dat hy nie die argument kan aanvaar dat artikel 3(1)(a) van die wet nie die staatspresident magtig om regulasie 3(3) op die wetboek te plaas nie.[107]

---

101 1987 3 SA 859 (A). Vir kritiek, sien bv die afdeling "Focus on Omar" in 1987 *SAJHR* 295–337 waar die *Omar*-saak in die volgende artikels aan kritiek onderwerp is: Dugard "*Omar*: support for Wacks's ideas on the judicial process"; Rabie "Failure of the brakes of justice: *Omar v Minister of Law and Order* 1987 3 SA 859 (A)"; Mathews "*Omar v* The Oumas"; Baxter "A judicial declaration of martial law"; McQuoid-Mason "*Omar, Fani* and *Bill* – judicial restraint restrained: a new dark age?; Davis *Omar*: a retreat to the sixties?; Van der Leeuw "The *audi alteram partem* rule and the validity of emergency regulation 3(3)"; en Van der Vyver "Judicial self-sufficiency in *Omar*".

102 Wet 3 van 1953.

103 A 2.

104 Reg 3(1).

105 Reg 3(3).

106 893E van die verslag: "[T]he *audi alteram partem* rule embodies a fundamental right and . . . a subordinate legislator – such as the State President in the present case – cannot deprive the subject of such a right unless he has expressly, or by necessary implication, been empowered by the enabling statute to do so."

107 Volgens Rabie WN HR is hierdie 'n noodmaatreël wat bedoel was om in 'n noodsituasie toepassing te vind waar die gewone landswette onvoldoende is om die regering in staat te stel om die veiligheid van die publiek te verseker, of om die openbare orde te handhaaf (893F–G).

Wanneer 'n hof verklaar dat die reg om aangehoor te word fundamenteel tot die regstaatbeginsel behoort, kan verwag word dat die toepassing daarvan nie in die hande van die uitvoerende gesagsliggame gelaat word nie.[108] Die argument dat die regstaatbeginsel nie tot sy volle omvang in die geval van 'n nasionale noodtoestand toegepas kan word nie, bring 'n mens by (ii) hierbo.

Wat (ii) betref, kom die vermaning van Wiechers[109] te pas:

> "Die bestaan van objektief vasstelbare feitelike omstandighede wat as grondslag en regverdiging vir administratiewe optredes geld, mag nie aan die subjektiewe oordeel van die administratiewe orgaan oorgelaat word nie. Dit is wel so dat daar erkenning aan die kennis en ervaring van die orgaan in gespesialiseerde sake gegee behoort te word, maar die bestaan van die feitelike omstandighede kan nie afhanklik gestel word van die goedgeloof of 'redelikheid' van die orgaan nie."

Indien die hof nie bereid is om wesenlik ondersoek te doen of daar 'n noodsaak *in die besondere omstandighede was* vir die inperking van die *audi alteram partem*-reël nie, word die toepassing daarvan grootliks in die hande van die betrokke administratiewe liggaam gelaat, soos in hierdie saak inderdaad gebeur het. Die waarnemende hoofregter weier gevolglik om die vraag na die feitelike noodsaak vir die inperking te oorweeg.[110] Aldus word verklaar:

> "It is clear from the terms of the section that the State President is empowered to make such regulations for achieving the purposes mentioned in the section as appear to him, i e in his subjective judgment, to be necessary or expedient."[111]

Dié onwilligheid van ons howe om die objektief bepaalbare feite en omstandighede te ondersoek en sodoende die inperking van die *audi alteram partem*-reël in die geval van noodtoestand op sigwaarde te aanvaar, moet tans as een van die grootste eroderende faktore van die *Ngwevela*-benadering aangemerk word.

(d) In die *Mokoena*-[112] en *Moodley*-[113]beslissings was die wederregtelike ontslag van staatsamptenare sonder dat die *audi alteram partem*-reël nagekom is, ter sprake. Met verwysing na die weerlegbare vermoede ten gunste van die toepassing van die *audi alteram partem*-reël in die *Ngwevela*-saak, volg regter Goldstone in die *Mokoena*-saak die *Ngwevela*-benadering.[114]

---

108 In sy artikel "*Omar*: A retreat to the sixties" (sien vn 101 *supra*) 331 verklaar Davis bv: "The *Omar* judgement is a watershed in our jurisprudence for it marks an acceptance by the highest court in the land of a legal theory in which the courts play no role in assessing the validity of executive action, particularly within the emergency context. After all, the court was confronted with an argument that all civilized legal systems have mechanisms for ensuring that persons are not lawfully and deliberately deprived of their liberty (at 886). Notwithstanding that the regulations were silent on the very point, the Appellate Division read into the legislation a denial of such a safety mechanism."

109 *Op cit* 213–214.

110 Sien 893E–G.

111 892E–G. Die hof verloor hier 'n belangrike aspek uit die oog, naamlik die onderskeid tussen die doelmatigheid en die wenslikheid om die maatreëls op die wetboek te plaas enersyds en die vraag of in *die besondere omstandighede* dit geoorloof was om die appellant van sy reg om aangehoor te word, uit te sluit andersyds.

112 Sien vn 55 *supra*.

113 Sien vn 47 *supra*.

114 Sien 917H–918A. Goldstone R kom tot die volgende gevolgtrekking (917G): "That someone in the position of Mrs Mokoena or the other applicants who were members of the pension scheme can be dismissed and the right to their pension thereby destroyed on the whim of an official and without enquiry, must be repugnant to any reasonable and decent person. The unfairness of it is really patent. Happily, and not surprisingly, the common law of South Africa does not allow it." Die regter sien billikheid as die grondslag van die vereiste van die *audi alteram partem*-reël in die *Ngwevela*-saak.

Die *Moodley*-saak kan as 'n besondere ligpunt in die toepassing van die *Ngwevela*-benadering beskou word vir sover die hof, met verwysing na *Attorney-General Eastern Cape v Blom*[115] uitdruklik die "statutêre implikasie"-opvatting die nek inslaan en die *Ngwevela*-benadering in sy oorspronklike suiwer formulering toepas. Appèlregter Hoexter verwys met goedkeuring na die volgende passasie uit die *Blom*-beslissing:

> "Logically and in principle . . . I prefer the approach which holds that in the circumstances postulated, *viz* a statute empowering a public official to give a decision which may prejudicially affect the property or liberty of an individual, there is a right to be heard, unless the statute shows, either expressly or by implication, a clear intention on the part of the legislature to exclude such a right. The 'implied incorporation' formulation appears to contemplate an incorporation of the right by implication, followed by the possibility of the exclusion thereof by implication. It is true that, as I understand the position, the incorporation would be based merely on the circumstances postulated above and the exclusion by implication upon a consideration of the statutory enactment as a whole, but nevertheless I find this formulation logically less satisfactory."[116]

Die benadering in die *Mokoena*- en *Moodley*-beslissings bied beslis goeie vooruitsigte dat die oorspronklike benadering in die *Ngwevela*-saak in 'n onafgewaterde vorm besig is om inslag in die Suid-Afrikaanse administratiefregspraak te vind. Dit blyk reeds uit *S v Khunong*,[117] wat 'n interessante voorbeeld bied waar die hof by monde van regter Schabort die *Ngwevela*-benadering van toepassing maak[118] op verbeurdverklaringsbevele ingevolge artikel 35(1) van die Strafproseswet.[119] Die regter verklaar dat die verbeurdverklaring van eiendom as 'n "geweldige inbreuk op 'n mens se regte" beskou moet word[120] en dat die *audi alteram partem*-reël om hierdie rede by verbeurdverklaring toegepas behoort te word. Met verwysing na die *Ngwevela*-beslissing kom die regter tot die slotsom:

> "Dit is teen hierdie agtergrond dat die uitlegvermoede ter sprake kom dat uitsluiting van 'n fundamentele beginsel van geregtigheid, soos die *audi alteram partem*-beginsel, slegs by duidelike blyke van die Wetgewer se bedoeling daartoe, veronderstel moet word."[121]

Hiermee is dit duidelik dat die *Ngwevela*-benadering met veel vrug ook buite die eng kring van "suiwer administratiewe" en "kwasie-judisiële" handelinge van die staatsadministrasie toegepas kan word.

In 'n hele reeks vroeëre beslissings met betrekking tot die toelating en uitsetting van vreemdelinge is die toets van inbreuk op bestaande regte volgens die *Laubscher*-patroon toegepas.[122] In die *Krallman*-saak verwys die hof by monde van

---

115 Sien vn 54 *supra*.
116 235J–236A.
117 Sien vn 56 *supra*.
118 Sien 222I–223A. Schabort R verwys ook na *Minister van Naturellesake v Monnakotla* 1959 3 SA 517 (A); *Publications Control Board v Central News Agency Ltd* 1970 3 SA 479 (A) 489C en *Winter v Administrator in Executive Committee* 1973 1 SA 873 (A) 889 ter motivering van sy standpunt dat die uitlegvermoede ter sprake kom dat uitsluiting van 'n fundamentele beginsel van geregtigheid, soos die *audi alteram partem*-beginsel, slegs by duidelike blyke van die wetgewer se bedoeling daartoe veronderstel moet word.
119 Wet 51 van 1977.
120 222G.
121 222I.
122 Sien hier bv *Minister of the Interior v Bechler* 1948 3 SA 409 (A) 451–452; *Jeewa v Dönges* 1950 3 SA 414 (A) 422–423; *Maluleke v Minister of Internal Affairs* 1981 1 SA 707 (B) 713G. Veral wat die verwydering van vreemdelinge betref, het daar egter 'n duidelike kentering na vore gekom in *Urban v Minister of the Interior* 1953 3 SA 544 (K) 550–551; *Rodriques v Minister of the Interior* 1960 1 SA 790 (T) 792E–G; *Divisional Commissioner of Police v Lukhele* 1965 3 SA 182 (T).

regter Van Niekerk na die *Ngwevela*-benadering.[123] In die lig van die feite, naamlik dat die applikant, 'n Wes-Duitse burger, aangesê is om Suid-Afrika te verlaat en dat hy geleentheid gehad het om redes aan te voer waarom hy nie uit die land verwyder moes word nie, bevind die hof dat hy voldoende geleentheid gehad het om sy saak te stel en dat dit nie nodig was om te beslis of die *audi alteram partem*-reël toepassing moes vind nie.

Die verwysings van regter Van Niekerk gee 'n duidelike aanduiding ten gunste van die toepassing van die *Ngwevela*-benadering.[124] Aldus verwys die regter eerstens na die *dicta* van hoofregter Centlivres in die *Ngwevela*-saak[125] te dien effekte dat die *audi alteram partem*-reël toepassing moet vind tensy dit duidelik is dat die parlement uitdruklik of by noodwendige implikasie bepaal het dat dit nie toepassing moet vind nie, of daar buitengewone omstandighede bestaan wat die hof noop om nie uitvoering daaraan te gee nie.

Tweedens verwys die regter[126] na die *dictum* van regter Goldstone in *Momoniat v Minister of Law and Order*; *Naidoo v Minister of Law and Order*[127] te dien effekte dat selfs waar wye magte deur die parlement aan die uitvoerende gesagsliggame verleen word, die howe hul regterlike magte en verpligtinge behoort uit te oefen ten einde as 'n bolwerk tussen die uitvoerende gesag en die onderdane op te tree.

Derdens kom die hof tot die slotsom dat 'n wet van hierdie aard wat die minister met sulke wye magte beklee, die regte van die individu drasties kan affekteer.[128] Hiermee gee die hof duidelik blyke dat die vroeër algemeen toegepaste *Laubscher*-benadering nie hier ter sprake is nie. In hierdie opsig staan die *Krallman*-beslissing lynreg teenoor die *Laubscher*-benadering met sy aandrang van inbreuk op "bestaande regte, vryhede of voorregte" ten einde vas te stel of 'n kwasie-judisiële handeling verrig is. Nêrens in die *Krallman*-beslissing word 'n ondersoek na die vraag of 'n kwasie-judisiële handeling verrig is al dan nie, onderneem nie.

Wat die stand van die *Ngwevela*-benadering in die administratiefregspraak betref, kan die belangrikste aspekte soos volg saamgevat word:

(i) Die hoë toepassingsfrekwensie van hierdie benadering is 'n besondere ligpunt vir toekomstige regsontwikkeling.

(ii) Rigtingwysers dat die "statutêre aanduiding"-benadering soms uitdruklik verwerp word – byvoorbeeld in die *Moodley*-beslissing – moet verwelkom word.

(iii) Die toepassing van die *Ngwevela*-benadering buite die eng veld van sogenaamde suiwer administratiewe en kwasie-judisiële handelinge – soos in die *Khunong*-beslissing – moet aangemoedig word.

(iv) Benewens die positiewe rigtingwysers in (ii) genoem, is daar egter steeds pogings om die onvereenselwigbare benaderings vervat in die *Ngwevela*- en *Defence and Aid Fund*-sake met mekaar te versoen. Dit lei daartoe dat die "statutêre aanduiding"-opvatting tog wel van tyd tot tyd na vore kom (sien byvoorbeeld die *Leburu*-beslissing en die benadering in die *N*-saak).

---

123 514G.
124 Sien in die algemeen 514G–515I.
125 131H van die *Ngwevela*-saak.
126 515D.
127 1986 2 SA 264(W) 270I.
128 517B.

(v) Die uitsonderings op die vermoede ten gunste van die toepassing van die *audi alteram partem*-reël, soos in die *Ngwevela*-beslissing geformuleer, word te wyd opgevat. Dit lei tot 'n afwatering van die suiwer benadering in *Ngwevela* (sien die *Leburu*-beslissing).

(vi) 'n Té streng aandrang op die vereiste dat op bestaande regte van onderdane inbreuk gemaak moet word, beperk die effektiewe toepassingsterrein van die *Ngwevela*-benadering (vergelyk byvoorbeeld die *Buthelezi*-beslissing).

(vii) Daar behoort ernstig daarteen gewaak te word dat, veral in die geval van veiligheidswetgewing, die nakoming van die *audi alteram partem*-reël soms té maklik aanvaar word deurdat statutêre prosedures as gelykwaardige substitute vir die reël gesien word (sien veral die *Morajee*-beslissing).

(viii) Die status van die *audi alteram partem*-reël as deel van die formele regstaatbeginsel word dikwels uit die oog verloor. Indien die howe daadwerklik erns met die handhawing van die regstaatbeginsel maak, behoort 'n ondersoek na die objektiewe jurisdiksionele feite gedoen te word ten einde die meriete van die uitoefening van die diskresie deur die betrokke owerheidsliggaam aan objektief bepaalbare regsgrondslae te toets. Hierdie versuim kom duidelik in die *Omar*-beslissing aan die lig.

In die lig van die voorgaande blyk dit hoogs wenslik te wees om die tradisionele *Ngwevela*-benadering sodanig aan te pas dat dit hierdie probleme kan ondervang.

3 3 Die toepassing van die *Laubscher*-benadering

In 'n viertal beslissings, wat twee appèlhofbeslissings insluit, is die benadering gevolg dat die *audi alteram partem*-reël slegs toegepas kan word in die geval van kwasie-judisiële handelinge wat deur die staatsowerheid verrig word.

Hierdie benadering, wat sy hoogtepunt in die Suid-Afrikaanse administratiefreg in *Laubscher v Native Commissioner, Piet Retief*[129] beleef het, het die bestaan of afwesigheid van bestaande regte as maatstaf aanvaar vir die bepaling van die vraag of daar van kwasie-judisiële handelinge sprake is. Die benadering in die *Laubscher*-saak is in *Cassem v Oos-Kaapse Komitee van die Groepsgebiederaad*[130] onderskryf en is sedertdien as grondslag aangewend vir die uitsluiting van die *audi alteram partem*-reël in die geval van onteiening,[131] die ontslag van staatsamptenare[132] en so meer. Sedert die beslissings *Administrateur van Suidwes-Afrika v Pieters*[133] en *Roberts v Chairman, Local Road Transportation Board (2)*[134] is hierdie benadering in ons administratiefregspraak stewig gevestig.

In die *Ngubane*-beslissing[135] was die applikant, 'n onderwyser, werksaam as 'n rektor van 'n onderwyskollege in KwaZulu. Die applikant is deur die tweede

---

129 Sien vn 35 *supra*.
130 1959 3 SA 651 (A) 660E–D.
131 Sien *Minister of the Interior v Mariam* 1961 4 SA 740 (A) 751D–H en *Pretoria City Council v Modimola* 1966 3 SA 250 (A) 261E–H.
132 Sien bv *Le Roux v Minister van Bantoe-Administrasie en Ontwikkeling* 1966 1 SA 481 (A).
133 1973 1 SA 850 (A).
134 1980 2 SA 480 (K).
135 Sien vn 58 *supra*.

respondent in kennis gestel dat 'n klag van wangedrag teen hom ingebring is as gevolg waarvan hy van sy pos onthef en na 'n pos van skoolhoof by 'n skool oorgeplaas is. Uit hoofde van die verlaging in status wat die applikant ondergaan het, kom die hof tot die gevolgtrekking dat die applikant geleentheid moes gekry het om sy saak te stel. Voorts stel die hof die toepassing van die vermoede ten gunste van die *audi alteram partem*-reël onderworpe aan die verrigting van 'n kwasie-judisiële handeling. Sonder om tussen die verskillende appèlhofbenaderings ten aansien van die toepassing van die reël te onderskei, verklaar regter Howard dat alhoewel die *Laubscher*-benadering grondig deur akademici verwerp is, hy homself aan die appèlhofbenadering in die *Laubscher*-saak gebonde ag.[136]

Die beslissing in *Strydom v Staatspresident, Republiek van Suid-Afrika*[137] illustreer die teleurstellende wyse waarop selfs die appèlhof dikwels kriteria aanwend om te bepaal of 'n handeling van 'n kwasie-judisiële aard is, terwyl die moontlike impak van die inbreuk op die onderdaan se regte en belange uit die oog verloor word. Die vraag in hierdie beslissing was of die *audi alteram partem*-beginsel deur die staatspresident toegepas moet word alvorens hy homself ooreenkomstig artikel 43(2)(a) van die Elektrisiteitswet[138] oortuig het dat 'n gemagtigde ondernemer ten opsigte van die voorsiening van elektrisiteit nie in staat is om grond of 'n reg ten opsigte van sulke grond, wat (kragtens artikel 43(2)(b)) die ondernemer redelikerwys benodig vir die uitoefening van sy bevoegdhede, op redelike voorwaardes deur ooreenkoms met die grondeienaar te bekom nie.

Ten spyte van die appellant se verskil met die ondernemer oor die vraag na die redelike voorwaardes vir die verkryging van 'n reg ten aansien van die appellant se grond, beslis die hof by monde van die appèlregter Joubert dat daar nie 'n "kwasie-*lis*" tussen die appellant en die ondernemer bestaan nie en dat daar geen sprake van enige aantasting van 'n bestaande reg van die appellant kan wees nie.[139] Hiermee het die hof ook teruggeval op 'n benadering wat selfs in die Suid-Afrikaanse reg verouderd en uitgedien is. In *Builders Ltd v Union Government* (*Minister of Finance*)[140] het die hof by monde van appèlregter Stratford nog spore van 'n *lis inter partes* gesoek. Daarna is in die beslissings *The Master v Souter*[141] en *Roberts v Chairman, Local Road Transportation Board (2)*[142] na die eienskappe van 'n hof (by die betrokke statutêre liggaam) gesoek ten einde te bepaal of 'n kwasie-judisiële handeling verrig is.

---

136 162G: "The approach set out above, to the extent that it depends upon distinguishing between quasi-judicial and purely administrative functions, has been soundly condemned by some academic lawyers, including Baxter *Administrative Law* at 573–577 and Mr Etienne Mureinik in *Annual Survey of South African Law* (1983) at 47. I do not propose to discuss their point of view because I consider myself bound to follow the same approach as the Appellate Division." Die belangrike punt is egter dat daar verskeie appèlhofbenaderings is waarvan sommige mekaar wedersyds uitsluit.

137 Sien vn 59 *supra*.

138 Wet 40 van 1958.

139 93E–F: "Nêrens vind ek in die Wet enige aanduiding dat die Wetgewer die toepaslikheid van enige kwasie-judisiële prosedure ten opsigte van die Staatspresident se uitoefening van sy oortuiging uit hoofde van art 43(2)(a) voorskryf nie. Die Wetgewer verg nie van die Staatspresident om 'n ondersoek van 'n kwasie-judisiële aard in te stel om homself ingevolge art 43(2)(a) te oortuig nie." Dan vervolg Joubert AR: "Wat art 43(2)(a) betref, kan daar nie sprake wees van 'n kwasie-*lis* tussen Evkom en Strydom nie. Daar is geen sprake van enige aantasting van 'n bestaande reg van Strydom nie."

140 1928 AD 46 65–66.

141 1936 AD 492 499.

142 1980 2 SA 480 (K).

In die minderheidsuitspraak (by monde van appèlregter Grosskopf) word 'n meer aanvaarbare benadering, soos in die *Ngwevela*-saak neergelê, myns insiens gestel:

> "Op die oog af is art 43(2) by uitnemendheid die soort bepaling waar die stelreël *audi alteram partem* van toepassing behoort te wees. Die Staatspresident se beslissings tas die regte aan van 'n spesifieke eienaar ten opsigte van 'n spesifieke grondstuk deurdat die grond (of 'n serwituut daaroor) as gevolg van die Staatspresident se beslissing onderhewig word aan onteiening deur 'n ondernemer. Billikheidshalwe behoort die eienaar 'n geleentheid gegun te word om sy standpunt te stel oor die aangeleenthede wat die Staatspresident ingevolge die artikel moet oorweeg om tot 'n beslissing te kom."[143]

In sowel die beslissing van *Castell v Metal & Allied Workers Union*[144] as *Matthysen Busvervoer (Edms) Bpk v Voorsitter, Plaaslike Padvervoerraad, Kimberley*[145] het die hof beslis dat die toepassing van die *audi alteram partem*-beginsel van die aantasting van bestaande regte afhanklik gestel word. In die *Castell*-saak is die applikant se aansoek om toestemming om 'n opelug vergadering te hou, deur die appellant geweier. Die hof beslis by monde van appèlregter Hefer dat niemand die reg het om 'n verbode vergadering te hou sonder toestemming nie en dat niemand die reg het om toestemming te kry nie.[146] Die hof kom tot die gevolgtrekking dat die *Laubscher*-beslissing nie van die onderhawige feite onderskei kan word nie en dat 'n toepassing van die *Laubscher*-benadering die nakoming van die *audi alteram partem*-reël uitsluit.[147]

In die *Matthyssen*-beslissing kom die hof tot die gevolgtrekking dat die besluit van die Johannesburgse padvervoerraad om kragtens artikel 7(3) van die Wet op Padvervoer[148] toestemming aan die padvervoerraad van Kimberley te gee om die hele aansoek om 'n permit te verhoor, 'n blote administratiewe handeling was waar die feite daarop gedui het dat die Johannesburgse raad nie kon voorsien het dat enige persoon se regte deur die beslissing aangetas kon word nie. Die hof volg met goedkeuring die onderskeid tussen kwasie-judisiële en suiwer administratiewe handelinge soos neergelê in die belissings van *Administrateur van Suidwes-Afrika v Pieters*[149] en *Roberts v Chairman, Local Road Transportation Board*,[150] sonder om die grondslag van die *Laubscher*-benadering enigsins krities te ondersoek. Die onkritiese navolging van die "kwasie-kultus",[151] sonder om na die ander appèlhofbenaderings – by name *Ngwevela* – te kyk, bly 'n teleurstellende realiteit in die administratiefregspraak.

Wat die navolging van die *Laubscher*-benadering in die administratiefregspraak betref, kan samevattend op die volgende aspekte gewys word:

(i) Dit is 'n jammerte dat die appèlhof nog aktief die "kwasie-kultus" van die *Laubscher*-benadering bevorder, ten spyte daarvan dat die meriete van hierdie

---

143 94J–95B.
144 Sien vn 60 *supra*.
145 Kyk vn 61 *supra*.
146 810B: "As we know, certain gatherings have been prohibited; no one has the right to hold a prohibited gathering without permission and, as I have indicated, no one has the right to receive permission."
147 810C: "I conclude, therefore, that *Laubscher's* case cannot be distinguished and, applying the principle enunciated therein, that there was no need for the respondent to observe the *audi alteram partem* rule unless there are other reasons calling for its observance."
148 Wet 74 van 1977.
149 Sien vn 133 *supra*.
150 Sien vn 134 *supra*.
151 Sien hier Baxter *op cit* 573–577 se verwysing na "the cult of the quasi."

benadering reeds grondig weerlê is – byvoorbeeld in die *Strydom*- en *Castell*-beslissing. Nog meer kommerwekkend is die feit dat die howe soms die meriete van die kritiek teen hierdie benadering onderskryf, maar voortgaan om hul aan die *Laubscher*-saak gebonde te ag, sonder om voldoende ondersoek na die meriete van die ander appèlhofbenaderings te doen (sien die *Ngubane*-uitspraak).

(ii) Die feit dat die howe hul dikwels na uiters vae kriteria wend om te bepaal of daar van kwasie-judisiële handelinge sprake is, word treffend in die *Strydom*-beslissing geïllustreer waar die hof in die afwesigheid van 'n "kwasie-*lis*" tussen die partye bevind dat daar nie van 'n kwasie-judisiële handeling sprake is nie.

(iii) Die verabsolutering van die vereiste van inbreuk op bestaande regte in die *Laubscher*-benadering laat onderdane wat om nog te verkreë regte aansoek doen, in 'n baie benarde posisie. Tereg verklaar Baxter:[152]

> "[W]hile the 'existing rights, etc' test might have some utility in an imaginary night-watchman, regulatory state where government acts only to protect its citizens and to preserve the conditions for liberty, it is hopelessly inadequate in the modern state in which so many of our daily necessities derive from state handouts."

3 4 "Legitimate expectation" – 'n aanvaarbare aanpassing van die *Laubscher*-benadering?

Die kritiek wat die afgelope aantal jare teen die *Laubscher*-benadering geopper is, het daartoe gelei dat die toets van "legitimate expectation" meer dikwels in ons regspraak na vore kom.

In die saak van *Langeni v Minister of Health and Welfare*[153] bevind die hof by monde van regter Goldstone dat dit duidelik word dat die tradisionele klassifikasie van regsprekende, kwasie-judisiële en administratiewe handelinge al hoe meer ontoereikend word ten einde te bepaal of die *audi alteram partem*-reël toepassing moet vind.[154] Volgens regter Goldstone word die vereiste dat bestaande regte aangetas moet word alvorens die reël toegepas word, in Engeland meer plooibaar toegepas.[155] In hierdie verband verwys hy na die volgende *dictum* van Lord Denning in *Schmidt v Secretary of State for Home Affairs*:[156]

> "The speeches in *Ridge v Baldwin* 1964 AC 40 show that an administrative body may, in a proper case, be bound to give a person who was affected by their decision an opportunity of making representations. It all depends on whether he has some right or interest, or, I would add, some legitimate expectation, of which it would not be fair to deprive him without hearing what he has to say."[157]

Hierdie aanhaling word ook met goedkeuring deur regter Fagan in *Everett v Minister of Interior*[158] aangehaal. Die regter wys ook daarop dat in die Verenigde State na "legitimate claim of entitlement" verwys word.[159]

---

152 *Op cit* 578.
153 Sien vn 62 *supra*.
154 Vgl 96B: "It becomes clear from even a cursory reading of the authorities that the traditional classification of judicial, quasi-judicial and administrative decisions is no longer adequate and has become more and more unhelpful in deciding whether the rules of natural justice are to be applied, and more particularly that relating to the right to be heard."
155 Kyk 96E.
156 (1969) 2 Ch 149.
157 96E.
158 1981 2 SA 453 (K) 456D–457B.
159 Sien bv *Board of Regents v Roth* 408 US 577 per Stewart R.

Die toets wat die hof ten aansien van "legitimate expectations" aanlê, behels 'n ondersoek na die aard van die belang waarop 'n "legitimate expectation" gevestig word. Vervolgens moet dan bepaal word of die reg, belang of geregverdigde verwagting sodanig is dat dit onbillik of onregverdig van die betrokke owerheidsliggaam sal wees om die onderdaan dit te ontneem sonder om hom geleentheid te bied om sy saak te stel.[160]

In die *Langeni*-saak is die vier applikante as "tydelike werknemers" by 'n provinsiale hospitaal met vier en twintig uur-kennis ontslaan sonder dat hulle geleentheid gebied is om hulle saak te stel. *In casu* kom die hof tot die aanvegbare gevolgtrekking dat alhoewel die werknemers vir baie jare in diens van die betrokke hospitaal was, hulle nie 'n geregverdigde verwagting gehad het dat hulle onbepaald in diens sal bly tensy daar goeie rede vir beëindiging van hulle dienste was nie. Daar word aan die hand gedoen dat die besondere omstandighede van elke geval, ook met verwysing na die *duur* van die diensverhouding, die deurslag moet gee en dat daar nie 'n *numerus clausus* universele norme bestaan aan die hand waarvan die bestaan al dan nie van 'n geregverdigde verwagting uitgemaak kan word nie. In hierdie saak het die applikante voorts 'n duidelike regsbelang gehad, wat myns insiens beslis by die redelike man 'n geregverdigde verwagting om aangehoor te word, sou geskep het.

Voor hierdie beslissing het die geregverdigde verwagting-toets in die *Castell*-saak[161] ter sprake gekom. In hierdie saak was die hof egter nie bereid om die *Laubscher*-benadering uit te brei om ook die *audi alteram partem*-reël toe te pas waar die applikant bloot 'n geregverdigde verwagting het nie.[162]

In *Lunt v University of Cape Town*[163] is die waterskeiding in 'n sekere sin bereik toe die hof beslis het dat die *Castell*-saak 'n voldoende rigtingwyser is van die noodsaaklikheid vir hervorming van die *audi alteram partem*-reël en dat die geregverdigde verwagting-toets kan meehelp om sodanige hervorming te bewerkstellig.[164] In die *Lunt*-saak het die hof bevind dat waar die applikant, 'n nagraadse student in forensiese patologie, voortgesette toelating tot 'n universiteit geweier is sonder dat die *audi alteram partem*-reël toegepas is, hy wel 'n geregverdigde verwagting gehad het en daarom geleentheid moes kry om sy saak te stel.

Daar moet op gewys word dat die inhoud van die geregverdigde verwagting-toets, soos in die *Castell*-saak bespreek word, té veel klem plaas op die subjektiewe verwagting om aangehoor te word sonder dat voldoende na die aard van die betrokke belang gekyk word. Aldus verklaar appèlregter Hefer byvoorbeeld:

> "Unlike the English and Australian cases on which counsel relied, nothing had happened before the application for authority was submitted and nothing happened thereafter which could have caused the applicant to entertain such an expectation . . ."[165]

---

160 In die *Schmidt*-saak waarna Goldstone R met instemming verwys, word die toets van "legitimate expectation" soos volg verwoord: "It all depends on whether he has some right or interest, or, I would add, some legitimate expectation, of which it would not be fair to deprive him without hearing what he has to say."

161 Sien vn 60 *supra*.

162 810H: "It may well be that there is indeed a need for legal reform. But it would be ideal to explore the possibility of reform in the present case."

163 Sien vn 63 *supra*.

164 449G–H.

165 810J–811A.

In *Mokoena v Administrator, Transvaal*[166] kom regter Goldstone ook tot die gevolgtrekking dat die geregverdigde verwagting-toets verwys na die *regte waarop inbreuk gemaak staan te word* en nie na *die reg om aangehoor te word nie.*[167] In hierdie verband moet daarop gewys word dat daar nog verwarring hieroor in die Engelse regspraak bestaan. In *Schmidt v Secretary of State for Home Affairs*[168] word verwys na "some legitimate expectation of which it would not be fair to deprive him without hearing what he has to say".[169]

Dieselfde benadering is ook gevolg in die betoog van Lord Diplock in *O'Reilly v Mackman*[170] en twee van die regters in *Council of Civil Service Unions v Minister for Civil Service.*[171] In die *O'Reilly*-saak het Lord Diplock soos volg verduidelik:

> "In public law as distinguished from private law, however, such legitimate expectation gave to each appellant a sufficient interest to challenge the legality of the adverse disciplinary award made against him by the board on the ground that in one way or another the board, in reaching its decision, had acted without the powers conferred upon it by the legislation under which it was acting, and such grounds would include the board's failure to observe the rules of natural justice which means no more than to act fairly towards him in carrying out their decision-making process and I prefer so to put it."[172]

Dit was ook in hierdie eensydige subjektiewe betekenis waarin die geregverdigde verwagting-toets deur appèlregter Hefer in die *Castell*-saak verstaan is. Hierdie subjektiewe benadering laat nie voldoende ruimte vir die rol wat die besondere omstandighede ten aansien van die aard van die belang in elke besondere geval kan speel nie. Daarom verklaar regter Goldstone in die *Mokoena*-saak tereg:

> "Lord Fraser of Tullybelton suggested that the test related, not to the rights involved or to the legal consequences involved, but to the right to be heard. This is not so."[173]

Om saam te vat kan gesê word dat die "legitimate expectation"-toets as 'n moontlike korrektief op die toepassing van 'n té strenge toets van inbreuk op bestaande regte, soos in die *Laubscher*-benadering, beskou kan word. Soos dikwels met hierdie juridiese stopwerk gebeur, bied dit positiewe moontlikhede vir die toekoms, maar vertoon ook negatiewe aspekte indien die inhoud daarvan nie duidelik uitgespel of konsekwent toegepas word nie. Die voortspruitende gevaar is altyd dat wat die hof met die mond bely dikwels nie in die praktyk gestalte kry nie. Aldus word byvoorbeeld in die *Langeni*-saak tereg verwys na die aard van die belang waarop die geregverdigde verwagting gevestig word, aangevul deur 'n billikheidstoets om te bepaal of die onderdaan geleentheid moet kry om sy saak te stel. In hierdie saak word egter té veel klem op die *subjektiewe verwagting* van die onderdaan geplaas en nie voldoende gelet op die aard van die belange wat aangetas staan te word nie. Gevolglik moes die hof in hierdie saak tot 'n ander gevolgtrekking gekom het.

Insgelyks word in die *Castell*-beslissing te veel klem op die subjektiewe verwagting en te min na die stand van die belange van die onderdaan gekyk.

---

166 Kyk vn 55 *supra.*
167 918C ev.
168 (1969) 1 All ER 904 (CA).
169 909.
170 (1982) 3 WLR 1096 (HL), (1982) 3 All ER 1124.
171 (1984) 3 All ER 935 (HL).
172 1101A–B ((1982) 3 All ER 1126j–1127a).
173 919F.

Regter Goldstone se benadering in die *Mokoena*-saak moet verwelkom word vir sover hy hierdie aspek in die reine bring. Indien die appèlhof egter nie spoedig duidelikheid oor dié aangeleentheid bring nie, staan hierdie positiewe ontwikkeling ook gevaar om in die skrootwerf te beland van vrugtelose pogings om die *audi alteram partem*-reël op 'n gesonde voet te plaas.[174]

'n Toepassing van 'n bloot subjektiewe verwagting, sonder dat objektiewe kriteria ten aansien van die aard van die juridiese belang bygebring word, huisves die gevaar van misbruik van die regsproses. Die aanvanklike doel met die invoering van die toets van "legitimate expectation" was om op billikheidsgronde die *audi alteram partem*-reël so wyd as moontlik toe te pas sonder om die administrasie oor te belas deur elke persoon wat 'n aanspraak het, geleentheid te gee om sy saak te stel.[175] Die gevaar van 'n bloot subjektiewe toets skep egter juis die gevaar van misbruik deur kwelsugtige onderdane. Myns insiens is dit daarom van wesenlike belang dat benewens die subjektiewe elemente van die "legitimate expectation"-benadering, daar ook duidelike objektiewe elemente onderskei moet word. Aldus behoort die "legitimiteit" van die onderdaan se verwagting altyd bepaal te word aan die hand van die vraag of hy ten minste 'n regsbelang by die aangeleentheid het. Die vraag of die betrokke party 'n verwagting het of behoort te hê, behoort bepaal te word aan die hand van die vraag of dit in die lig van die belang ter sprake onbillik sou wees om hom geleentheid te weier om sy saak te stel.

Kortom, sou die redelike man in die lig van die omstandighede, met besondere verwysing na die aard van die betrokke regsbelang wat die onderdaan by die verrigtinge het, 'n geregverdigde verwagting gehad het om aangehoor te word?

3 5 Die *Defence and Aid Fund*-benadering in die Suid-Afrikaanse administratiefreg

Ten spyte van die feit dat die *Defence and Aid Fund*-benadering deur die jare heftig gekritiseer is, verskyn die gees van hierdie beslissing telkens weer in ons administratiefregspraak. So onlangs as 1986 het hierdie benadering weer in *Swart v Minister of Education and Culture, House of Representatives*[176] kop uitgesteek. In hierdie saak is die applikante, onderwysers in diens van die staat, deur die respondent in kennis gestel dat hulle geskors is. Hulle het aangevoer dat die skorsings onwettig is aangesien die respondent hulle nie geleentheid gebied het om hul saak te stel nie. Met verwysing na *Winter v Administrator-in-Executive Committee*[177] laat waarnemende regter Selikowitz hom soos volg oor die *Defence and Aid Fund*-benadering uit:

> "The Proclamation makes no express provision for a prospective deportee to state his case. The deportation orders, however, obviously prejudicially affected the liberty, and possibly also the property, of the appellants. Under such circumstances the applicability of the maxim *audi alteram partem* will, generally speaking, ordinarily be implied (*South African Defence and Aid Fund and Another v Minister of Justice* 1967 (1) SA 263 (A) at

---

174 [Sedert hierdie artikel ontvang is, het die appèlhof in *Administrator, Transvaal v Traub* 1989 4 SA 731 (A) uitspraak oor die *legitimate expectation*-leerstuk gegee. Die outeur lewer kommentaar op hierdie beslissing in 'n aantekening wat in die Februarie 1991-uitgawe van die *THRHR* gepubliseer word (redakteur).]

175 Sien Baxter *op cit* 579 se opmerkings hieroor.

176 Sien vn 64 *supra*.

177 Sien vn 73 *supra*.

270); but, as was also pointed out in that case (*ibid*), the initial enquiry must nevertheless always be whether the particular enactment in issue impliedly incorporates the maxim."[178]

Op grond hiervan ondersoek die hof die betrokke statutêre maatreëls en vind geen uitdruklike of stilswyende verwysing na die toepassing van die *audi alteram partem*-reël nie. Die hof kom tot die gevolgtrekking dat die wetgewer nie bedoel het om persone wat van wangedrag aangekla word in die omstandighede die geleentheid te gee om hulle saak te stel nie.

Samevattend kan gesê word dat dit besonder verhelderend is dat die *Defence and Aid Fund*-benadering tans 'n relatief klein toepassingsfrekwensie beleef. Dit bly egter kommerwekkend dat hierdie benadering nog hoegenaamd aanwending vind. Daar moet ten sterkste beklemtoon word dat die verdwyning daarvan uit ons administratiefregspraak ons hele administratiefregspleging 'n besondere guns sal bewys.

4 GEVOLGTREKKINGS

(a) Die toepassing van die *audi alteram partem*-reël soos in die *Ngwevela*-benadering vervat word, ten aansien van enige handeling wat die staatsadministrasie verrig, bied 'n nuttige vertrekpunt vir die toekoms.

(b) Die toepassing van die *Ngwevela*-benadering is in die praktyk egter nie probleemvry nie en daarom word 'n aangepaste *Ngwevela*-benadering ten aansien van die toepassing van die *audi alteram partem*-reël voorgestel.

(c) Die aangepaste *Ngwevela*-benadering behels die volgende:

(i) Elke individu wie se regte deur 'n administratiewe besluit geraak word of wat 'n geregverdigde verwagting het om op grond van 'n bestaande regsbelang of te verkreë reg aangehoor te word, het die reg op die toepassing van die *audi alteram partem*-reël tensy dit duidelik is dat die wetgewer sodanige reg of regsbelang by wyse van 'n uitdruklike verklaring uitgesluit het.

(ii) In buitengewone omstandighede, byvoorbeeld 'n nasionale noodtoestand of veiligheidskrisis, mag die hof bevind dat die omstandighede van die besondere geval die nie-nakoming van die *audi alteram partem*-reël noodsaak.

(iii) In die geval waar die toepassing van die *audi alteram partem*-reël deur middel van wetgewing uitgesluit word, behoort die hof altyd vas te stel of die nie-nakoming daarvan in die *besondere omstandighede geoorloof was.*

(iv) Ten einde te bepaal of 'n party 'n geregverdigde verwagting het om aangehoor te word, behoort die hof in die lig van al die tersaaklike omstandighede, met besondere verwysing na die aard en omvang van die regsbelang ter sprake, vas te stel of dit onbillik sou wees om 'n persoon die reg te ontneem om aangehoor te word. Dit kom daarop neer dat die hof moet vasstel of die redelike man in die lig van die omstandighede, met besondere verwysing na die aard en omvang van die betrokke regsbelang van die onderdaan, 'n geregverdigde verwagting het om aangehoor te word.

(v) Die reg om aangehoor te word, behoort geen persoon ontneem te word bloot op grond van die feit dat hy deel is van 'n gemeenskap waarvan die regte gesamentlik of afsonderlik nadelig deur 'n administratiewe besluit geraak word, of op grond daarvan dat sy regte in belang van die gemeenskap as geheel nadelig beïnvloed word nie.

---

178 888H.

(vi) Die voorgestelde wysigings tot die *Ngwevela*-benadering behoort die meeste van die probleme te ondervang wat tans met hierdie benadering ervaar word.

(vii) Die punt in ons regsontwikkeling is bereik waar die enigste sinvolle uitweg uit die doolhof benaderings ten aansien van die toepassing van die *audi alteram partem*-reël in die toepassing en moontlike aanpassing van die *Ngwevela*-benadering lê.

JC DE WET *in memoriam*

Op 12 April 1946 het twee jong professore van die Universiteit van Stellenbosch aan Butterworths voorgestel dat 'n werk oor die kontrakte- en handelsreg in Afrikaans gepubliseer word. Daar was destyds min vertroue onder Suid-Afrikaanse uitgewers in die toekoms van Afrikaans as regstaal en die kommersiële lewensvatbaarheid van Afrikaanse regsboeke is as te riskant beskou. Tot in daardie stadium het daar gevolglik geen noemenswaardige regswerk in Afrikaans verskyn nie, hoewel die volgende telegram reeds in 1944 deur Butterworths se plaaslike verteenwoordiger aan Londen gestuur is: ". . . . . consider should grasp first opportunity to publish in Afrikaans". Daardie geleentheid het in 1946 gekom met bogenoemde voorstel. Die twee akademici was JC de Wet en JP Yeats en die werk was Kontraktereg en Handelsreg *wat een van die mees toonaangewende werke in die Suid-Afrikaanse regsgeskiedenis sou word en waarvan vier uitgawes tot op hede die lig gesien het. Só het die verhouding tussen JC de Wet en Butterworths tot stand gekom, 'n verhouding wat tot met sy afsterwe in Oktober vanjaar deur die maatskappy gekoester is. Op 10 April 1970 is hy in die direksie aangestel en het tot 31 Desember 1977 daarin gedien. In hierdie tydperk het hy sy skerp insig en belangstelling in die Suid-Afrikaanse regsliteratuur laat geld.*

Ander werke van JC de Wet wat deur Butterworths uitgegee is, is Strafreg *wat saam met professor HL Swanepoel geskryf is en waarvan vier uitgawes verskyn het;* Opuscula Miscellanea *(1979), 'n versameling regsopstelle oor uiteenlopende aspekte van die reg en* Ou skrywers in perspektief *(1987). In 1979 is 'n feesbundel getiteld* JC Noster *wat deur JJ Gauntlet geredigeer is, aan hom opgedra. Kort voor sy dood het professor De Wet my in kennis gestel dat sy gedeelte van die vyfde uitgawe van* Kontraktereg en Handelsreg *afgehandel was. Ten spyte van periodieke swak gesondheid en hospitalisasie het hy tot aan die einde bly werk.*

As uitgewers het ons professor De Wet as 'n beleefde, minsame man van die ou skool leer ken. Sy lojaliteit aan die maatskappy was onbetwis en sy woning te Noordwal, Stellenbosch was altyd vir ons oop. Ons medelye gaan uit aan sy vrou en sy familie asook aan sy eertydse fakulteit aan die Universiteit van Stellenbosch. Besoeke aan Stellenbosch sal nooit weer dieselfde wees nie.

Ugo Paladini
Butterworths

Die beskerming van handelsgeheime in die deliktereg*

JC Knobel
BLC LLB
Senior Lektor in die Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

The protection of trade secrets in the law of delict

Trade secrets are important assets of many businesses and are therefore often the targets of competitors who attempt to gain access to them in various (often unfair) ways. This article deals with the protection of trade secrets in the South African law of delict. The requirements for Aquilian liability for interference with a trade secret are set out. The emphasis is on the element of wrongfulness, which involves a twofold inquiry concerning firstly the nature of a trade secret and secondly the nature of the infringer's conduct. Special problems arise where more than one person obtains a right to the same trade secret; or where a former employee uses the trade secret of his former employer; these cases are discussed separately. A few observations are made about certain other requirements for the *actio legis Aquiliae*. It is submitted that negligence should be sufficient to found liability, in spite of *dicta* in case law which seem to require intent. Finally, certain other remedies which could be applicable in trade secret cases are discussed briefly.

1 INLEIDING

Hedendaagse ondernemers ag handelsgeheime ("trade secrets"), oftewel ekonomies waardevolle, vertroulike bedryfsinligting, as baie belangrike bates in die stryd om hulle posisie in die mark te handhaaf en te verbeter. Die handelsgeheim word dan ook toenemend die teiken van mededingers wat dit op allerlei wyses probeer bekom ten einde die voordeel uit te wis wat dit aan die eienaar[1] daarvan besorg, of om dieselfde voordeel vir hulle ondernemings te verkry.[2] Dit is duidelik dat daar 'n behoefte is aan regsreëls om die beskerming van die handelsgeheim te reguleer, en die primêre oogmerk met hierdie bydrae is om 'n kritiese

---

* Referaat gelewer by geleentheid van 'n seminaar oor onregmatige mededinging aangebied deur die Departement Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika, op 1989-11-03.

1 Daar word deurgaans in hierdie bydrae na die *eienaar* van 'n handelsgeheim verwys. Natuurlik moet *eienaar* hier nie in 'n sakeregtelike sin verstaan word nie. Teoretiese besware kan seker teen die gebruik van *eienaar* in hierdie sin geopper word, maar dit het die voordeel dat dit die nodigheid uitskakel om van die term *reghebbende* gebruik te maak, wat mi 'n wyer betekenis het. Sien vn 56 hieronder.

2 Sien Pooley *Protecting proprietary business information and trade secrets* (1987) ix–xii veral x waar hy sê dat diefstal van handelsgeheime 'n geraamde skade van $4 miljard jaarliks aan Amerikaanse besighede berokken.

oorsig te bied van die huidige stand van die Suid-Afrikaanse reg op hierdie gebied.

Voorbeelde van handelsgeheime uit die Suid-Afrikaanse regspraak is vertroulike inligting oor: 'n geheime vervaardigingsproses;[3] rekenaarsagteware;[4] 'n unieke oond vir die hittebehandeling van metaal;[5] 'n ongepubliseerde etiket van 'n nuwe produk wat bemark staan te word;[6] kredietrekords;[7] besigheidsonderhandelinge;[8] tenderpryse[9] en verkoopstatistieke.[10] [11]

Hierdie inligting kan statutêre beskerming geniet vir sover dit binne die gebied van die outeurs-, patent-, modelle- en handelsmerkereg val. Indien inligting byvoorbeeld aan die vereistes vir outeursreg voldoen,[12] kan dit hiervolgens in 'n beperkte mate beskerm word deurdat onder andere die ongemagtigde reproduksie, publikasie of maak van aanpassings verhinder kan word.[13] Die *gebruik* van die vertroulike inligting sal egter selde, indien ooit,[14] ingevolge die outeursreg verhinder kan word. Verder kan 'n aantal onderwerpe van handelsgeheime deur die patentreg beskerm word, mits die eienaar natuurlik 'n patent daarvoor verkry het. Aanname van 'n patent bring egter normaalweg die vertroulikheid daarvan tot 'n einde.[15] Patentbeskerming en handelsgeheimbeskerming oorvleuel dus nie,[16] en die eienaar van die handelsgeheim moet tussen die twee tipes beskerming kies. Hier moet in gedagte gehou word dat nie alle handelsgeheime aan die statutêre vereistes vir patenteerbaarheid[17] voldoen nie, en selfs al is die onderwerp van die handelsgeheim na alle waarskynlikheid patenteerbaar, kan die eienaar daarvan verkies om nie om 'n patent aansoek te doen nie. Dit sal veral gebeur as die eienaar van die handelsgeheim van mening is dat hy dit vir 'n langer tydperk geheim sal kan hou as wat die statutêr voorgeskrewe termyn[18] van patentbeskerming sal duur.[19]

Daar is dus geen omvangryke wetteregtelike beskerming[20] van handelsgeheime in Suid-Afrika nie. Die regspraak handel dan ook byna uitsluitlik oor die gemeenregtelike beskerming van handelsgeheime.[21] In die eerste plek kan handelsgeheime natuurlik by wyse van kontrak beskerm word.[22] Tweedens beskou

---

3 Sien bv *Harvey Tiling Co (Pty) Ltd v Rodomac (Pty) Ltd* 1977 1 SA 316 (T).
4 Sien bv *Northern Office Micro Computers (Pty) Ltd v Rosenstein* 1981 4 SA 123 (K).
5 Sien bv *Harchris Heat Treatment (Pty) Ltd v Iscor* 1983 1 SA 548 (T).
6 Sien bv *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd* 1972 3 SA 152 (K).
7 Sien bv *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd* 1968 1 SA 209 (K).
8 Sien bv *Wilrose Timbers (Pty) Ltd v CE Westergaard (Pty) Ltd* 1980 2 SA 287 (W).
9 Sien bv *Sibex Construction (SA) (Pty) Ltd v Injectaseal CC* 1988 2 SA 54 (T).
10 Sien bv *Wilrose Timbers (Pty) Ltd v CE Westergaard (Pty) Ltd supra.*
11 Handelsgeheime word soms breedweg in twee kategorië ingedeel: dié wat oor *tegnologiese* uitvindings, prosesse, "know-how", ens handel; en dié wat oor *besigheids- en bemarkings*-gebruike en strategieë handel (vgl Pooley 6 7).
12 Sien Copeling *Copyright and the Act of 1978* (1978) 14 ev.
13 *Idem* 24 ev en vgl Du Plessis "Protection of computer software" 1985 *MB* 115–125.
14 Vgl Du Plessis 1985 *MB* 121 oor die vraag of die gebruik van rekenaarsagteware ingevolge die outeursreg verhinder kan word.
15 Sien a 43 van die Wet op Patente 57 van 1978; Burrell *South African patent law and practice* (1986) 94 ev.
16 Mbt die modelle- en handelsmerkereg sal die posisie baie dieselfde wees.
17 Sien bv Burrell 12 ev.
18 *Idem* 114 ev.
19 Verder kan die koste van 'n patentaansoek 'n rol speel, asook die moontlikheid dat sy patent afgekeur sal word.
20 Vir voorbeelde van die beskerming van handelsgeheime dmv strafbepalings, sien a 67(1)

die howe die skending van 'n handelsgeheim as 'n onregmatige daad;[23] en normaalweg[24] meer spesifiek as 'n vorm van onregmatige mededinging.[25] Dit is die toepassing van deliksbeginsels op die gebied van die handelsgeheim wat die interessantste ontwikkelings opgelewer het, en dit sal die onderwerp van hierdie bydrae vorm. Alhoewel die howe dit nie altyd by name so noem nie, is die onregmatigheidsvraagstuk dié aspek van die beskerming van handelsgeheime wat die meeste aandag geniet. Ook in hierdie bydrae sal die fokus in die eerste plek daarop val. Daarna sal remedies wat in handelsgeheimgedinge ter sprake kan kom, aangeroer word.

2 ONREGMATIGHEID EN DIE BESKERMING VAN DIE REG OP DIE HANDELSGEHEIM

Die eerste vraag wat beantwoord moet word ten einde vas te stel of daar onregmatig opgetree is,[26] is of dit wat na bewering aangetas is, inderdaad as 'n handelsgeheim kwalifiseer.[27] Dit gaan dus hier oor die omskrywing van die regsobjek wat beskerming verdien.[28] In hierdie verband is daar twee vereistes:[29] (a) Die betrokke inligting moet *geheim* of *vertroulik* wees; en (b) die inligting moet (ekonomies) *waardevol* in die handel wees.

---

vervolg van vorige bladsy

Wet 28 van 1956 (vgl a 67(2)); a 12 Wet 5 van 1957; a 49 Wet 56 van 1981; a 24 Wet 3 van 1983; a 27 Wet 6 van 1983.

21 Dit is moontlik dat die gemeenregtelike beskerming van handelsgeheime in botsing kom met die statutêre beskerming van ander immaterieelgoedere. Vir 'n voorbeeld uit ons regspraak van 'n botsing tussen outeursreg en die reg op 'n handelsgeheim, sien *Northern Office Micro Computers (Pty) Ltd v Rosenstein supra.*

22 Dit is dikwels baie wenslik dat die eienaar van 'n handelsgeheim 'n ander kontraktueel sal laat onderneem om die handelsgeheim vertroulik te hou. Twee voor-die-hand-liggende gevalle is (a) waar hy in onderhandelings om die handelsgeheim te "verkoop" betrokke is; en (b) waar hy die handelsgeheim (of dele daarvan) aan sy werknemers moet toevertrou. Vgl Delport "Trade secrets and confidential information" 1982 *Businessman's Law* 164 veral 187 ev en gesag daar aangehaal. Algemene kontrakteregbeginsels is van toepassing, en dié onderwerp word verder daargelaat.

23 Die howe beklemtoon telkens dat die grondslag van aanspreeklikheid hier Aquilies is (vgl bv *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd supra* 218; *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd supra* 162; *Prok Africa (Pty) Ltd v NTH (Pty) Ltd* 1980 3 SA 687 (W) 696). Die *action for breach of trust or confidence* van die Engelse reg is nie hier van toepassing nie (sien Van Heerden en Neethling *Onregmatige mededinging* (1983) 140–141 en gesag daar aangehaal).

24 Daar kan wel uitsonderings bestaan waar die onregmatige skending van 'n handelsgeheim *nie* op onregmatige mededinging neerkom nie. Sien vn 45 hieronder.

25 Vgl bv *Coolair Ventilator Co (SA) (Pty) Ltd v Liebenberg* 1967 1 SA 686 (W); *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd supra* 216 217 221–224; *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd supra* 161; *Prok Africa (Pty) Ltd v NTH (Pty) Ltd supra* 696 697; *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd* 1981 2 SA 173 (T) 179 ev, veral 191; *Multi Tube Systems (Pty) Ltd v Ponting* 1984 3 SA 182 (D) 184; *Aercrete SA (Pty) Ltd v Skema Engineering Co (Pty) Ltd* 1984 4 SA 814 (D) 822; *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 679; *Sibex Construction (SA) (Pty) Ltd v Injectaseal CC supra* 63 64.

26 Dat dit hier oor die vraag na onregmatigheid gaan, blyk duidelik uit *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd supra* 194B–C.

27 *Ibid.*

28 Vgl in die algemeen Joubert "Die realiteit van die subjektiewe reg en die betekenis van 'n realistiese begrip daarvan vir die privaatreg" 1958 *THRHR* 12 98 veral 112 ev; Van Heerden en Neethling 33 ev.

29 Sien veral *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd supra* 194B–C H; Van Heerden en Neethling 133. Vgl *Coolair Ventilator Co (SA) Ltd v Liebenberg supra* 689E–H; *SA Historical Mint (Pty) Ltd v Sutcliffe* 1983 2 SA 84 (K) 90C–D; *Easyfind International (SA) (Pty) Ltd v Instaplan Holdings* 1983 3 SA 917 (W) 929E–F.

Die vereiste dat die inligting geheim moet wees, beteken dat dit slegs aan 'n beperkte aantal persone bekend moet wees.[30] In dié verband vereis die howe dikwels[31] dat die inligting "must be something which is not public property and public knowledge". Dit is dus in die eerste plek 'n objektiewe feitevraag wat beantwoord moet word.[32]

Verder wil dit voorkom of die vereiste van geheimhouding of vertroulikheid ook 'n subjektiewe element het in die sin dat die eienaar 'n geheimhoudingswil ten opsigte van die betrokke inligting moet hê.[33] Dit is naamlik uiters onwaarskynlik dat 'n eiser of applikant wat beskik oor bedryfsinligting wat objektief geheim is, deur die hof te hulp gekom sal word as hy voor die litigasie onverskillig was of die inligting geheim bly al dan nie. Die nodige geheimhoudingswil sal normaalweg daaruit afgelei kan word dat die eienaar van die geheime inligting ook redelike stappe[34] gedoen het om die vertroulikheid daarvan te beskerm.[35] [36]

---

30 *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd supra* 221; *Harchris Heat Treatment (Pty) Ltd v Iscor supra* 551; Van Heerden en Neethling 133. Daar sal mi steeds aan hierdie vereiste voldoen word waar daar bv vyf mededingers in die mark is en vier van hulle oor die handelsgeheim beskik (en dit vertroulik hou) en net een nie die handelsgeheim ken nie.

31 In navolging van die klassieke Engelse gewysde *Saltman Engineering Co Ltd v Campbell Engineering Co Ltd* (1948) 65 RPC 203 (CA) 215: *Harvey Tiling Co (Pty) Ltd v Rodomac (Pty) Ltd supra* 321; *Easyfind International (SA) (Pty) Ltd v Instaplan Holdings supra* 927; *Harchris Heat Treatment (Pty) Ltd v Iscor supra* 551; *Crown Cork & Seal Co v Rheem SA (Pty) Ltd* 1980 3 SA 1093 (W) 1095; *Schultz v Butt supra* 680.

32 Dit blyk duidelik uit die werkswyse van die howe wanneer die getuienis ontleed word in sake soos *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd supra*; *Harvey Tiling Co (Pty) Ltd v Rodomac (Pty) Ltd supra*; *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd supra*; *Harchris Heat Treatment (Pty) Ltd v Iscor supra*. Vgl *Coolair Ventilator Co (SA) (Pty) Ltd v Liebenberg supra* 689F–G; *SA Historical Mint (Pty) Ltd v Sutcliffe supra* 89H.

33 Sien bv *Multi Tube Systems (Pty) Ltd v Ponting supra* 186 se aanhaling uit die Engelse saak *Thomas Marshall (Exports) Ltd v Guinle* 1978 3 All ER 193 (Ch). Vgl *Crown Cork & Seal Co v Rheem SA (Pty) Ltd supra* 1095: "confidential in the sense that they are not the subjects of public knowledge *and such that a reasonable businessman might wish to keep to himself*" (my beklemtoning). Die vraag is mi egter nie of 'n denkbeeldige redelike besigheidsman die inligting sou wou geheim hou nie, maar of die betrokke eiser/applikant inderdaad die inligting geheim wou hou: as 'n redelike besigheidsman die betrokke inligting geheim sou wou hou, maar daar kan bewys word dat die betrokke eiser/applikant onverskillig was of die inligting geheim bly al dan nie, sal dié eiser/applikant nie deur die hof beskerm word nie (sien ook vn 35 hieronder).

34 Bv deur sy werknemers kontraktueel te laat onderneem om sy handelsgeheime te respekteer, deur vertroulike dokumente weggesluit te hou, deur toe te sien dat besigtigingstoere van die fabrieksaanleg nie kennisname van sy handelsgeheime moontlik maak nie, deur toe te sien dat sy handelsgeheime nie in sy brosjures en prospektusse verklap word nie, ens. Sien in die algemeen Pooley 49 ev; vgl bv *Harvey Tiling Co (Pty) Ltd v Rodomac (Pty) Ltd supra* 323 325; *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd supra* 194; *Harchris Heat Treatment (Pty) Ltd v Iscor supra* 552.

35 Alternatief kan moontlik geargumenteer word dat die eiser/applikant se versuim om stappe ter beveiliging van die vertroulike inligting te doen, op stilswyende *toestemming* tot die risiko van benadeling neerkom, wat onregmatigheid aan die kant van die verweerder/respondent sal uitsluit. So gesien, is dit nie nodig om 'n subjektiewe geheimhoudingswil as 'n element van die omskrywing van 'n handelsgeheim te beskou nie.

36 In die Duitse regswetenskap is daar aansluiting te vinde vir sowel die subjektiewe begrip van die handelsgeheim (die *Willenstheorie*) as die objektiewe (die *Interessentheorie*). Volgens Baumbach-Hefermehl *Wettbewerbsrecht* (1983) 1610 1611 is 'n juiste beskouing 'n kombinasie van die twee, 'n siening wat dus aansluit by die uiteensetting wat hier gevolg word (sien ook Wise *Trade secrets and know-how throughout the world* vol 3 (1981) 4–14 4–15).

'n Geheimhoudingswil kan egter nooit op sigself inligting wat nie objektief vertroulik is nie, in 'n handelsgeheim omtower nie.[37]

'n Belangrike eienskap van 'n handelsgeheim wat uit die voorafgaande volg, is dat dit in beginsel 'n onbeperkte lewensduur kan hê.[38] So lank die vertroulikheid daarvan in stand gehou word, so lank is die geheim beskermingswaardig.

Soos gestel, moet die vertroulike inligting *ook van waarde in die handel wees* alvorens dit as handelsgeheim regsbeskerming kan geniet. Hierdie vereiste word uitdruklik in die Suid-Afrikaanse regspraak gestel.[39] [40] Die waarde van die inligting moet objektief vasgestel kan word.[41] Vertroulike inligting sal waardevol in die handel wees as dit aan die eienaar daarvan 'n voorsprong op sy ware of potensiële mededingers besorg of sal besorg.[42] [43]

Ten slotte dien die volgende oor die aard van 'n handelsgeheim beklemtoon te word: die voorwerp van regsbeskerming is geheime, waardevolle bedryfs*inligting*. Dit is 'n onstoflike produk van die menslike gees en kan dus geklassifiseer word as die regsobjek van 'n immaterieelgoedereregt.[44] [45]

---

37 *SA Historical Mint (Pty) Ltd v Sutcliffe supra* 89.

38 Dit is trouens 'n belangrike opsig waarin handelsgeheime verskil van die statutêr beskermde immaterieelgoedereregte waar die beskermingstermyne wetlik voorgeskryf word.

39 Sien bv *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd supra* 194; *SA Historical Mint (Pty) Ltd v Sutcliffe supra* 90.

40 Soms stel die howe dit nie as 'n selfstandige vereiste nie, maar word die *waarde* van die inligting vir 'n handelsmededinger as 'n faktor beskou wat daarop dui dat die betrokke inligting *vertroulik* is: *Coolair Ventilator Co (SA) (Pty) Ltd v Liebenberg supra* 691; *Multi Tube Systems (Pty) Ltd v Ponting supra* 187; vgl *Easyfind International (SA) (Pty) Ltd v Instaplan Holdings supra* 929. Mi kan vertroulikheid van inligting nie uit die waarde daarvan afgelei word nie. Vertroulikheid moet bepaal word soos pas uiteengesit is. Waarde in die handel is 'n onafhanklike verdere vereiste waaraan (vertroulike) inligting moet voldoen alvorens dit 'n handelsgeheim kan wees. (Dit is ook in ooreenstemming met die gangbare opvatting dat *waarde* 'n vereiste is waaraan alle objekte van subjektiewe regte moet voldoen: sien vn 28.) Hierdie aspek word suiwerder behandel in *Schultz v Butt supra* 680. Sien ook Van Heerden en Neethling 133 wat dieselfde uiteensetting gee as dié wat in hierdie bydrae gevolg word.

41 Sien Van Heerden en Neethling 133 vn 84.

42 Die howe benader soms die aspek vanuit 'n ander hoek deur te vra of die inligting vir 'n ware of potensiële mededinger van die "eienaar" *nuttig* sal wees: *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd supra* 194; *Coolair Ventilator Co SA (Pty) Ltd v Liebenberg supra* 691; *Easyfind International (SA) (Pty) Ltd v Instaplan Holdings supra* 929. Dit is nie 'n onafhanklike kriterium nie: die waarde wat die inligting vir die mededinger het, is immers (a) om die voorsprong wat die "eienaar" van die inligting gehad het, uit te wis; en (b) om dieselfde voorsprong tov verdere mededingers wat nog nie oor die inligting beskik nie, te verwerf.

43 In aansluiting hierby moet van die sg *springboard doctrine* van die Engelse reg kennis geneem word: die persoon wat die handelsgeheim bekom, gebruik dit as 'n *springboard* om 'n voorsprong op sy mededingers te verkry. Engelse sake wat oor die *springboard* handel, word vryelik in ons howe aangehaal: sien bv *Harvey Tiling Co (Pty) Ltd v Rodomac (Pty) Ltd supra* 324; *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd supra* 191 192; *Multi Tube Systems (Pty) Ltd v Ponting supra* 189. Van belang hier is dat hierdie voorsprong tydsgebonde is; so loop dit bv af as 'n produk waaruit die handelsgeheim blyk, op die mark geplaas word. Vgl bv Stocks "Confidentiality agreements and the scope of the 'springboard' " 1986 *Solicitor's Journal* 492. By die berekening van 'n skadevergoedingsbedrag en by die bepaling van die tydperk wat 'n interdik moet duur, moet hierdie tydsgebondenheid van die *springboard* deeglik voor oë gehou word. Dat die Suid-Afrikaanse howe hiermee rekening hou, blyk uit die *Atlas Organic Fertilizers*-saak 192 en die *Multi Tube Systems*-saak 189.

44 Daar is wel *dicta* in die regspraak wat uitdruklik ontken dat hier van 'n *proprietary right*

As eers uitgemaak is dat inligting inderdaad 'n handelsgeheim is, volg dit nie noodwendig dat enige inwerking daarop onregmatig sal wees nie. 'n Tweede vraag moet eers bevestigend beantwoord word, naamlik of die gewraakte inwerking op 'n regtens ongeoorloofde wyse plaasgevind het.[46] Dit gaan hier oor

---

vervolg van vorige bladsy

sprake is: sien bv *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd supra* 215 216. (Sien egter die kritiek van Copeling 1968 *THRHR* 180 en Du Plessis 1985 *MB* 66 67.) Aan die ander kant is daar *dicta* waarin na handelsgeheime as iets analoog aan eiendom verwys word: sien bv *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd supra* 162A–B; *Prok Africa (Pty) Ltd v NTH (Pty) Ltd supra* 698A–C; *SA Historical Mint (Pty) Ltd v Sutcliffe supra* 91A; *Multi Tube Systems (Pty) Ltd v Ponting supra* 184B–C; *Easyfind International (SA) (Pty) Ltd v Instaplan Holdings supra* 927C–D; *Aercrete (Pty) Ltd v Skema Engineering Co (Pty) Ltd supra* 822F–G. 'n Handelsgeheim is natuurlik nie werklik eiendom in die sakeregtelike sin nie, en mi moet die howe se verwysings na *property* in dié verband as duidend op *immaterieelgoedere* (*intellectual property*) verstaan word. In *Harchris Heat Treatment (Pty) Ltd v Iscor supra* 555E–F word 'n handelsgeheim uitdruklik as 'n immaterieelgoed bestempel.

45 Erkenning van 'n selfstandige immaterieelgoedereereg op die handelsgeheim sou meebring dat 'n inwerking op 'n ander se handelsgeheim onregmatig kan wees selfs al kom die gewraakte inwerking nie op onregmatige mededinging neer nie. In ons positiewe reg word die aantasting van handelsgeheime (op een uitsondering na: *Harchris Heat Treatment (Pty) Ltd v Iscor supra*) as 'n vorm van onregmatige mededinging hanteer: sien weer vn 24 hierbo. Die onregmatigheid van die aantasting is dan geleë in die skending van die reg op die werfkrag. Sien veral *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd supra* 183D–E saamgelees met 182D–E. Dat die aantasting of dreigende aantasting van 'n handelsgeheim gewoonlik 'n aantasting of dreigende aantasting van die werfkrag sal meebring, kan nie ontken word nie. Wanneer egter in *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd supra* 222 223 en *Coolair Ventilator Co (SA) (Pty) Ltd v Liebenberg supra* 691 te kenne gegee word dat die eiser/applikant net kan slaag as hy kan aantoon dat die inbreukmaking/dreigende inbreukmaking van 'n *handelsmededinger* kom (vgl Delport 1982 *Businessman's Law* 166 167), word te ver gegaan. Die onwenslikheid van hierdie standpunt kan aan die hand van die volgende feitestel geïllustreer word: 'n huisvrou, A, ontdek by wyse van eksperimentering dat as sekere bekende huishoudelike bestanddele bymekaar gevoeg word, dit 'n effektiewe opwasmiddel vir gebruik in wasmasjiene daarstel. Sy rig 'n brief aan 'n vervaardiger van opwasmiddels, B, waarin sy aanbied om hierdie formule, wat sy op dié stadium nog geheim hou, aan B te verkoop. B dui aan dat hy belangstel en in 'n daaropvolgende ontmoeting onthul A die geheime formule aan B. B lig A in dat die idee nie bruikbaar is nie en dat hy nie belangstel nie, maar plaas 'n maand later 'n produk op die mark wat volgens dieselfde formule vervaardig is. Volgens die standpunt in die *Coolair Ventilator*-saak is A remedieloos, omdat sy en B nie handelsmededingers is nie. Dié onbillike resultaat kan vermy word deur die aanvaarding van 'n selfstandige immaterieelgoedereereg op die handelsgeheim. A se geheime formule was immers 'n onstoflike produk van die menslike gees, dit was geheim, en dit het waarde in die handel gehad. Onregmatigheid behoort hier eenvoudig in die skending van haar reg op die handelsgeheim te bestaan. In ons positiewe reg is die deur vir dié beskouing oopgemaak in *Harchris Heat Treatment (Pty) Ltd v Iscor supra* 555: "The remedy under the *lex Aquilia* in cases of unlawful intereference with the business of another *is not confined to competitors in trade.* Loss will, at least *prima facie*, be occasioned by the unlawful deprivation of the owner of a trade secret of the *right* to exploit it, whether by attracting custom, *or in other ways*" (my beklemtoning). Sien veral Van Heerden en Neethling 133 vn 82; vgl *Galanis v Procter and Gamble Corporation* 153 F Supp 34; Turner *The law of trade secrets* (1962) 46 47.

46 Sien bv *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd supra* 216; *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd supra* 162; *Harvey Tiling Co (Pty) Ltd v Rodomac (Pty) Ltd supra* 327; *Harchris Heat Treatment (Pty) Ltd v Iscor supra* 554; *Multi Tube Systems (Pty) Ltd v Ponting supra* 184 187; *Aercrete SA (Pty) Ltd v Skema Engineering Co (Pty) Ltd supra* 822. Die standpunt in *Prok Africa (Pty) Ltd v NTH (Pty) Ltd supra* 697B–G (in navolging van die Amerikaanse *Restatement: Law of*

'n toepassing van die algemene *boni mores*- of redelikheidskriterium vir onregmatigheid in die deliktereg.[47] Die belangrikste vorme van regtens ongeoorloofde aantasting van 'n handelsgeheim is die ongemagtigde kennisname, benutting of bekendmaking daarvan deur 'n buitestaander.[48] Die ongeoorloofdheid (onredelikheid) van die optrede is dan daarin geleë dat die dader vir homself bevoegdhede ten opsigte van 'n ander se handelsgeheim aanmatig *strydig met laasgenoemde se wil.*[49]

Dat die ongemagtigde *gebruik* of *benutting* van 'n handelsgeheim (byvoorbeeld die aanwending van 'n mededinger se geheime vervaardigingsproses in die eie bedryf) in beginsel[50] onregmatig is, blyk duidelik uit die regspraak.[51] Dit geld ook vir die ongemagtigde *bekendmaking* van handelsgeheime.[52] Die positiefregtelike posisie met betrekking tot die ongemagtigde *kennisname* van handelsgeheime is minder duidelik.[53]

---

vervolg van vorige bladsy

Torts) dat die eienaar van 'n handelsgeheim ook soms 'n remedie sal hê selfs al is die handelsgeheim *nie* op 'n onbehoorlike wyse verkry nie, is onaanvaarbaar. Voorvereiste vir deliktuele aanspreeklikheid (of verkryging van 'n interdik) in ons reg is onregmatigheid, en voorvereiste vir onregmatigheid is optrede strydig met die *boni mores*. (Sien in die algemeen oor die skending van 'n subjektiewe reg, Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1989) 43 44.)

47 *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd supra* 188 189; sien Van Heerden en Neethling 67 ev; vgl *Schultz v Butt supra* 678F ev.

48 Die juridiese ongeoorloofdheid van die feitelike aantasting van 'n handelsgeheim kan ook blyk uit die verbreking van vertrouensverhoudinge, bv as 'n werknemer sy werkgewer se handelsgeheim ongemagtig gebruik of bekendmaak (sien bv *Coolair Ventilator Co (SA) (Pty) Ltd v Liebenberg supra* 690) of as 'n direkteur van 'n maatskappy in stryd met sy vertrouensverhouding die maatskappy se handelsgeheim gebruik of bekendmaak (sien bv *Sibex Construction (SA) (Pty) Ltd v Injectaseal CC supra*; *Rectifier and Communication Systems (Pty) Ltd v Harrison* 1981 2 SA 283 (K)). Verder, as 'n mededinger bv 'n werknemer sou omkoop om in verbreking van 'n kontraktuele onderneming teenoor sy werkgewer lg se handelsgeheim aan hom bekend te maak, kan die onregmatigheid van sy optrede uit sy (opsetlike) bemoeiing met dié kontraktuele verhouding blyk (sien Van Heerden en Neethling 138 vn 13 149 ev). Al hierdie gevalle is natuurlik selfstandige skuldoorsake wat nie tot die gebied van handelsgeheimbeskerming beperk is nie. In soverre hulle ter sprake kom in sake wat oor die skending van handelsgeheime handel, sal daar egter ook gewoonlik – indien nie altyd nie – sprake wees van die *ongemagtigde kennisname, gebruik of bekendmaking van die handelsgeheime.*

49 Vgl bv *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd supra* 185G–H; *Harchris Heat Treatment (Pty) Ltd v Iscor supra* 554G–H 555E–F.

50 Dws as daar nie 'n regverdigingsgrond of beleidsoorwegings (sien 495 ev) aanwesig is wat op die teendeel dui nie.

51 Sien bv *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd supra* 221D F–G; *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd supra* 162A–B; *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd* supra 185G–H; *Schultz v Butt supra* 679H–I.

52 Sien bv *Northern Office Micro Computers (Pty) Ltd v Rosenstein supra* 135F–G; *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd supra* 185G–H; *Multi Tube Systems (Pty) Ltd v Ponting supra* 185 186 187D–E.

53 Daar is sekerlik *dicta* in die regspraak wat aanknopingspunte bied vir die standpunt dat ongemagtigde kennisname van 'n handelsgeheim in beginsel onregmatig is, maar die kennisname word normaalweg gekoppel aan daaropvolgende ongemagtigde gebruik. 'n Goeie voorbeeld blyk uit *Easyfind International (SA) (Pty) Ltd v Instaplan Holdings supra* 927D–E: "What is clearly established in our law is that it is unlawful for a servant to *take* his master's confidential information or documents *and use* them to compete with the master" (my beklemtoning). Ook die howe se verwysings na die *diefstal* van die handelsgeheime kan geïnterpreteer word as gesag dat blote ongemagtigde kennisname in beginsel onregmatig is;

Ongemagtigde kennisname tas egter reeds die wesensaard van die regsobjek – die handelsgeheim – aan deurdat die vertroulikheid daarvan geskend word. Indien dié kennisname boonop in stryd met die wil van die eienaar geskied, is dit (in die afwesigheid van 'n regverdigingsgrond of beleidsoorwegings wat op die teendeel dui[54]) myns insiens in stryd met die *boni mores*. Onregmatigheid is dan reeds voorhande.[55] [56]

'n Voor-die-hand-liggende regverdigingsgrond wat die onregmatigheid van 'n handelsgeheimaantasting kan uitskakel, is *volenti non fit iniuria*. As die eienaar regsgeldige toestemming tot die betrokke benadeling of die risiko van dié benadeling gegee het, geskied die aantasting immers nie in stryd met sy wil nie. Het die aantasting egter wel in stryd met die wil van die eienaar geskied, kan dit tog regmatig wees as die beweerde inbreukmaker byvoorbeeld met amptelike bevoegdheid [57] of in die openbare belang[58] opgetree het. Die vraag bly natuurlik altyd in die eerste en laaste plek of die gewraakte optrede in die lig van die *boni mores* geoorloof is al dan nie. Die besondere oorwegings wat in hierdie verband te pas kom by meervoudige reghebbendes en voormalige werknemers, word nou in oënskou geneem.

2 1 Twee besondere probleemgebiede by onregmatigheid

2 1 1 Meervoudige reghebbendes

Dit is moontlik dat twee (of meer) persone deur eie navorsing en arbeid heeltemal onafhanklik van mekaar dieselfde handelsgeheim ontwikkel. Hulle sal dan almal eienaars van dieselfde handelsgeheim wees.[59] Een so 'n reghebbende sal dan

---

vervolg van vorige bladsy

bv *SA Historical Mint (Pty) Ltd v Sutcliffe supra* 91: "[I]n the process of competing [a former employee] may not 'steal' what is the company's property – its trade secrets or confidential information." Vgl egter dat die hof in die *Easyfind*-saak 927C–E die gebod "Thou shalt not steal" onmiddellik opvolg met die pas aangehaalde stelling waarin kennisname en gebruik gekoppel word.

54 Sien bv vne 55 en 57.

55 Verder verg beleidsoorwegings wat ten doel het om *industriële spioenasie* aan bande te lê, dat reeds ongemagtigde kennisname as prinsipieel onregmatig beskou moet word. Vgl bv die Amerikaanse saak *EI du Pont de Nemours & Co v Christopher* 431 F2d 1012 en Callman *Unfair competition, trademarks and monopolies* (vol 2) 14–11 se kommentaar: "This decision . . . suggests that in a proper case the owner of a trade secret can obtain protection even against a stranger solely in reliance upon his property right in the secret and the unfair tactics of the defendant in obtaining the secret"; asook 14–137 ev.

56 Dit is egter hoogs onwaarskynlik dat 'n skadevergoedingsaksie in so 'n geval sal slaag. Waar daar ongemagtigde kennisname was, maar die kennisnemer nog nie die handelsgeheim in sy onderneming begin benut het en dit ook nie aan andere bekendgemaak het nie, sal daar normaalweg *geen vermoënskade* vir die eienaar van die handelsgeheim ingetree het nie. Dit beteken egter nie dat geen regshulp op hierdie stadium verleen kan word nie. As die kennisnemer bv in besit van foto's, aantekeninge, ens is waarop die handelsgeheim vasgelê is, behoort die hof 'n bevel vir oorgawe of vernietiging van dié materiaal te verleen; sien 500 hieronder. Verder sal ongemagtigde kennisname die gevaar van ongemagtigde gebruik of bekendmaking skep – waaruit skade natuurlik kan resulteer. 'n Verbiedende interdik kan dan dié dreigende onregmatigheid die hoof bied.

57 Vgl bv a 118A van die Poswet 44 van 1958; a 20 van die Strafproseswet 51 van 1977.

58 As 'n ondernemer bv 'n instrument ontwikkel wat motordiefstal baie vergemaklik en dit aan misdaadsindikate verkoop, sal ongemagtigde bekendmaking van dié handelsgeheim (deur bv 'n werknemer) aan die polisie ongetwyfeld deur die openbare belang geregverdig word.

59 Hulle het nl almal die handelsgeheim op regtens geoorloofde wyse bekom. Vgl bv Wise 4–28.

normaalweg[60] nie die ander kan verhinder om die handelsgeheim te gebruik nie, aangesien laasgenoemde in uitoefening van sy eie reg handel en dus nie onregmatig optree nie. Dit is egter denkbaar dat een reghebbende 'n ander sal kan verhinder om die handelsgeheim bekend te maak. Die redelikheid van laasgenoemde se optrede, gemeet aan die hand van die *boni mores*, moet hier deurslag gee. As hy byvoorbeeld 'n produk bemark wat deur middel van 'n geheime proses vervaardig is, en die proses kan deur ontleding van die produk bekend word, is hy slegs besig om die potensiaal van sy handelsgeheim te ontgin en tree hy nie onredelik op nie. Dit sal ook die geval wees as hy sy handelsgeheim teen 'n redelike vergoeding aan 'n ander "verkoop" of 'n lisensie vir die gebruik daarvan verleen. As hy egter die handelsgeheim gratis openbaar, kan sy optrede moontlik as onredelik en dus onregmatig teenoor 'n ander reghebbende beskou word. 'n Motief om die ander reghebbende te benadeel, sal 'n faktor wees wat baie sterk op die onredelikheid van sy optrede dui.[61]

'n Ander geval hou verband met die verskynsel van sogenaamde "reverse engineering". Dit is waar 'n ondernemer sy mededinger se reeds bemarkte produk – wat deur die gebruik van 'n handelsgeheim daargestel is maar waaruit die handelsgeheim nie sonder meer afgelei kan word nie[62] – ontleed ten einde die handelsgeheim te probeer ontrafel. Sou hy daarin slaag, is die vraag of sodanige kennisname – asook daaropvolgende gebruik – van die handelsgeheim regtens geoorloof is of nie. Hy het die produk nie op 'n ongeoorloofde wyse bekom nie, en moes eie navorsing en arbeid inspan om die handelsgeheim te ontrafel. Myns insiens is sodanige "reverse engineering" nie in beginsel onredelik nie[63] en behoort die posisie hanteer te word soos die eerste geval van meervoudige reghebbendes wat pas bespreek is. Gebruik van die handelsgeheim deur die mededinger wat dit deur "reverse engineering" ontsyfer het, kan egter moontlik 'n ander vorm van onregmatige mededinging wees.[64] [65]

2 1 2 Die posisie van die werknemer wat sy diens beëindig

'n Besonder moeilike onregmatigheidsvraag doen hom voor wanneer 'n werknemer die diens van sy werkgewer verlaat en dan – òf in sy eie onderneming, òf in diens van 'n ander – in mededinging met sy vorige werkgewer kennis of vaardighede gebruik wat hy in die loop van sy vorige diens opgedoen het en wat volgens sy vorige werkgewer 'n handelsgeheim is. Die algemene beginsel wat hier gestel word, is dat dit die voormalige werknemer vry staan om sy eie

---

60 'n Denkbare uitsondering sal wees waar een so 'n reghebbende die handelsgeheim gebruik met die uitsluitlike *motief* om die ander te benadeel (sien in die algemeen Neethling, Potgieter en Visser 34).

61 *Ibid.*

62 As die handelsgeheim sonder meer uit die produk blyk, kom bemarking van die produk natuurlik op publikasie – en derhalwe beëindiging – van die handelsgeheim neer.

63 Sien bv oor die posisie in die Amerikaanse reg, Pooley 171 ev.

64 Veral as 'n identiese produk dan op die mark geplaas word (sien bv Van Heerden en Neethling 143 ev; *Schultz v Butt supra*).

65 Nog 'n geval van meervoudige reghebbendes is dié van eienaar en lisensiehouer. Die posisie tussen eienaar en lisensiehouer sal in die lisensie-ooreenkoms bepaal word. Vir 'n bespreking van die lisensiehouer se bevoegdhede teenoor derdes, sien *Prok Africa (Pty) Ltd v NTH (Pty) Ltd supra*; vgl Van Heerden en Neethling 137. (Ek stem nie saam met dié outeurs se gebruik van die begrip *reghebbende* nie; 'n lisensiehouer is immers ook 'n *reghebbende*: sien vn 1 hierbo.)

kennis en vaardigheid aan te wend, solank hy net nie sy vorige werkgewer se gespesialiseerde, vertroulike bedryfsinligting – sy handelsgeheime – gebruik nie.[66] [67]

Hierdie beginsel is dikwels moeilik om toe te pas.[68] Op die oog af gaan dit hier weer oor die vraag of sekere inligting as 'n handelsgeheim kwalifiseer of nie, maar in werklikheid is die saak nie so eenvoudig nie. Soms sal dit redelik maklik wees om te beslis dat die ter sake inligting nie 'n handelsgeheim is nie, omdat dit nie voldoen aan die vereistes[69] van geheimhouding en waarde in die handel nie.[70] Dit staan natuurlik die werknemer vry om dié tipe inligting in mededinging met sy vorige werkgewer te gebruik, al het hy dit bekom terwyl hy in laasgenoemde se diens was.[71]

Moeiliker is die gevalle waar dit inderdaad 'n handelsgeheim van die werkgewer is wat in gedrang kom,[72] maar daar omstandighede aanwesig is wat veroorsaak dat die voormalige werknemer so 'n groot belang daarby het om die inligting te gebruik dat dit nie buite berekening gelaat kan word nie. Sodanige omstandighede kan byvoorbeeld teenwoordig wees waar die werknemer vir 'n baie lang tyd 'n sleutelfiguur in diens van sy vorige werkgewer was wat 'n baie gespesialiseerde kennis en vaardigheid verkry het. Hierdie gespesialiseerde kennis en vaardigheid kan dan sy belangrikste bates wees wat hy in 'n eie onderneming of in diens van 'n ander kan aanwend. Aan die ander kant sal sy gebruik van hierdie kennis en vaardigheid 'n *de facto* skending van sy vorige werkgewer se handelsgeheim wees. Daar moet dus gekies word tussen die belang van die werkgewer om alleengebruiker van die handelsgeheim te bly, en die belang van die werknemer om dieselfde handelsgeheim te gebruik ten einde sy volle potensiaal in die mark te verwesenlik. Hierdie afweging van belange moet aan die hand van die *boni mores*-kriterium plaasvind. Al die faktore wat kan dui op die *redelikheid* al dan nie van sowel die werkgewer as die werknemer se optrede moet nou in berekening gebring word. As die werknemer byvoorbeeld kort voor hy die diens van die werkgewer verlaat het, aantekeninge of afmetings maak wat nie nodig was vir die behoorlike uitvoering van sy pligte nie, sal dit dui op die onredelikheid van sy optrede.[73] As die werknemer aan die ander kant net inligting benut wat na jare eerlike diens in sy geheue vasgesteek het, en die

---

66 Sien bv *Harvey Tiling Co (Pty) Ltd v Rodomac (Pty) Ltd supra* 326 327; *Northern Office Micro Computers (Pty) Ltd v Rosenstein supra* 127 128; *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd supra* 193; *SA Historical Mint (Pty) Ltd v Sutcliffe supra* 89 91; vgl *Recycling Industries (Pty) Ltd v Mohammed* 1981 3 SA 250 (SOK) 255 256.

67 Hierdie beginsel is in ons regspraak aanvaar in navolging van die Engelse en Amerikaanse reg (sien bv Turner 115 ev; Callman 86 ev). In die Duitse reg is die uitgangspunt anders: dit staan nl die werknemer vry om die handelsgeheime wat hy in die loop van sy diens geleer het, na diensverlating te gebruik, tensy daar spesiale omstandighede aanwesig is wat sodanige gebruik onregmatig sal maak (sien bv Wise 4–96 en gesag daar aangehaal).

68 Sien bv *Coolair Ventilator Co (SA) (Pty) Ltd v Liebenberg supra* 689; *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd supra* 193; Van Heerden en Neethling 139 140.

69 Soos hierbo (490 ev) uiteengesit.

70 In die regspraak word veral die vereiste van geheimhouding beklemtoon, en word inligting wat wyer in die betrokke bedryf bekend is, gekontrasteer met vertroulike inligting wat eie is aan die betrokke onderneming (sien bv *Coolair Ventilator Co (SA) (Pty) Ltd v Liebenberg supra* 689).

71 Sg "restraint-of-trade"-kontrakte kan natuurlik die posisie wysig, maar dit gaan dan nie meer om die beskerming van 'n handelsgeheim nie.

72 Deurdat dit inderdaad aan die gestelde vereistes van geheimhouding en waarde in die handel voldoen.

73 Sien bv *Harvey Tiling Co (Pty) Ltd v Rodomac (Pty) Ltd supra* 327.

werkgewer nooit enige aanduiding gegee het dat hy dié inligting as sy handelsgeheim beskou nie,[74] kan moontlik ten gunste van die werknemer beslis word.[75] As algemene reël sal daar egter baie besondere omstandighede in die guns van die werknemer moet wees alvorens sy gebruik van sy vorige werkgewer se handelsgeheime regmatig sal wees.[76]

3 REMEDIES

Wanneer 'n "eienaar" van 'n handelsgeheim die hof om regshulp nader, is die volgende remedies tot sy beskikking.

3 1 'n Aksie om skadevergoeding

'n Logiese gevolg van die howe se beskouing dat die aanspreeklikheid wat by die skending van 'n handelsgeheim opgedoen kan word, Aquilies is,[77] is dat 'n skadevergoedingsaksie tot beskikking van die eienaar van die handelsgeheim is. Vanselfsprekend moet die eiser al die elemente van die onregmatige daad bewys alvorens hy kan slaag. Onregmatigheid en die handeling is reeds[78] in oënskou geneem. Enkele opmerkings oor die ander elemente is miskien gepas.

3 1 1 Skuld

Die mees voorkomende vorm van skuld in gevalle van onregmatige mededinging waar handelsgeheime aangetas is, is opset. Gevalle van nalatige skending van handelsgeheime het nog nie in die gerapporteerde regspraak voorgekom nie. Daar is trouens *dicta* met die strekking – weliswaar nie ondubbelsinnig nie – dat hierdie verskyningsvorm van onregmatige mededinging beperk is tot gevalle waar die inbreukmaker opsetlik opgetree het.[79] Myns insiens is daar geen rede waarom nalatigheid nie ook 'n voldoende skuldvorm kan wees nie.[80] Dit sal immers strook met die feit dat die toepaslike aksie die *actio legis Aquiliae* is, soos die howe dit ook telkens uitdruklik stel.[81]

Gevalle waar die nalatige skending van handelsgeheime denkbaar kan voorkom, is (onder andere) die volgende: Waar die verweerder nie subjektief onregmatigheidsbewussyn gehad het nie (en dus nie van opset verwyt kan word nie), maar waar die redelike man wel onregmatigheidsbewussyn sou gehad het.

---

74 Dié gedrag van die werkgewer kan natuurlik moontlik as stilswyende toestemming vertolk word (vgl vn 35 hierbo).

75 Sien Van Heerden en Neethling 140 vir ander faktore wat moontlik – in navolging van die Duitse reg – hier in ag geneem kan word. As die werknemer self 'n sleutelrol in die ontwikkeling van die betrokke handelsgeheim gespeel het, kan dit moontlik ten gunste van hom tel. As hy egter spesifiek in diens geneem is om die handelsgeheim te ontwikkel, sal die handelsgeheim dié van die werkgewer bly (sien *Multi Tube Systems (Pty) Ltd v Ponting supra* 187; *Northern Office Micro Computers (Pty) Ltd v Rosenstein supra* 136).

76 Die howe volg nl in dié verband die benadering van die Engelse en Amerikaanse reg (sien vne 67 en 68 hierbo). Vgl in die algemeen Van Jaarsveld, Coetzee en Fourie *Suid-Afrikaanse arbeidsreg* (1983; gewysig 1986) vol 1 103 104.

77 Sien vn 23 hierbo.

78 490 ev *supra.*

79 *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd supra* 221; *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd supra* 162. Sien ook Burchell 1978 *Businessman's Law* 121 122.

80 Dit is ook lank reeds Van Heerden en Neethling 136 vn 2 se standpunt.

81 Sien vn 23 hierbo.

Die verweerder het byvoorbeeld nie besef dat die betrokke inligting geheim is nie, of dat hy toestemming nodig gehad het om dit te gebruik of bekend te maak nie, in omstandighede waar die redelike man dit wel sou besef het. Die redelike man sou dan voorsien het dat sy ongemagtigde gebruik of bekendmaking vir die eienaar vermoënskade kan berokken, en sou die voorsienbare skade voorkom het deur anders op te tree.[82] As die verweerder in sulke omstandighede 'n ander se handelsgeheim gebruik of bekend maak,[83] wyk sy gedrag af van die standaard van die redelike man en behoort die verwyt van nalatigheid hom te tref. 'n Tweede denkbare voorbeeld van nalatige skending van 'n handelsgeheim sou wees waar 'n werknemer versuim om stappe te doen om sy werkgewer se handelsgeheim te beveilig teen kennisname deur mededingers in omstandighede waar die redelike man sodanige kennisname – en daaruit voortspruitend moontlike vermoënskade – sou voorsien het, en voorkomende, beveiligende stappe sou gedoen het.[84]

3 1 2 Vermoënskade

Alvorens 'n aksie om skadevergoeding kan slaag, moet die eiser natuurlik bewys dat hy vermoënskade gely het.[85] Soos gesien,[86] is die skending van 'n handelsgeheim meesal 'n vorm van onregmatige mededinging. Die skade wat die eiser ly, sal dus normaalweg bestaan in 'n finansieel nadelige inwerking op die werfkrag van sy onderneming, byvoorbeeld waar hy kliënte of potensiële kliënte verloor het wat hy gehad het of sou gehad het toe slegs hy nog oor die handelsgeheim beskik het.[87] Dit sal alleen die geval kan wees waar die eiser en die verweerder inderdaad in 'n gemeenskaplike mark handelsmededingers is.[88] Die eiser se taak om die omvang van sy skade te bewys, sal dan dikwels 'n besondere moeilike een wees. Die howe behoort in sodanige gevalle nie 'n matematies presiese bewys van die omvang van die skade te vereis nie.[89]

Dit is wel denkbaar dat die "eienaar" van 'n handelsgeheim ook skade kan ly selfs al is sy werfkrag nie aangetas nie, byvoorbeeld[90] waar die verweerder die handelsgeheim bekom en begin gebruik het voordat die eienaar self die geleentheid gehad het om dit te benut. Sy (toekomstige) skade sal dan bestaan in sy onvermoë om die finansiële voordeel uit die benutting van sy handelsgeheim te trek wat andersins moontlik sou gewees het.[91] In so 'n geval sou dit moontlik

---

82 Vgl in die algemeen Neethling, Potgieter en Visser 118 ev.

83 Blote kennisname-gevalle sal waarskynlik nie hier voorkom nie, omdat die skuldvraag net ter sprake sal kom waar 'n skadevergoedingsaksie ingestel word. Vermoënskade sal dus ook bewys moet word, en dit sal waarskynlik net by ongemagtigde gebruik en bekendmakingsgevalle moontlik wees. 'n Kennisname-geval sal hoogstens die gevaar van dreigende vermoënskade inhou, en 'n interdik sal die aangewese remedie wees (sien ook vn 56 hierbo).

84 Terloops kan daarop gewys word dat die handeling in hierdie geval 'n late (*omissio*) is.

85 Sien in die algemeen Neethling, Potgieter en Visser 177 ev.

86 490 *supra*.

87 Sien *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd supra* 221.

88 *Idem* 221 222.

89 Sien Van Heerden en Neethling 27–29.

90 'n Ander geval waar die eiser se werfkrag nie aangetas sal wees nie, is waar hy geen werfkrag het nie – 'n geval van skending van die handelsgeheim buite mededingingsverband (sien vn 45).

91 Sien *Harchris Heat Treatment (Pty) Ltd v Iscor supra* 555: "Loss will, at least *prima facie*, be occasioned by the unlawful deprivation of the owner of a trade secret of the right to exploit it, whether by attracting custom, or in other ways."

dienstig wees om die omvang van sy skade te bereken met verwysing na 'n billike vergoeding ("royalty") waarop hy geregtig sou gewees het indien hy die handelsgeheim aan die verweerder sou "verkoop" het.[92]

By die berekening van die kwantum van skadevergoeding moet die tydsgebondenheid van die voordeel wat deur 'n handelsgeheim verskaf word, ook in gedagte gehou word.[93]

3 1 3 Kousaliteit

'n Kousale verband tussen die onregmatige skending van die handelsgeheim en die gelede vermoënskade moet bewys word alvorens 'n skadevergoedingsaksie kan slaag.[94] Waar die skade uit 'n nadelige inwerking op die eiser se werfkrag bestaan,[95] sal bewys van die feit dat die eiser en die verweerder mededingers in 'n gemeenskaplike veld was, bewys van die kousale verband vergemaklik.[96]

3 2 Interdik

Die interdik is waarskynlik die belangrikste remedie by die beskerming van handelsgeheime.[97] Voorvereiste in die verlening van 'n interdik, is onregmatigheid of dreigende onregmatigheid.[98] Die bespreking van onregmatigheid hierbo[99] is dus ewe veel van belang vir die interdik as vir die aksie vir skadevergoeding. Skuld en werklik ingetrede skade word egter nie vereis nie.[100] 'n Interdik sal slegs toegestaan word as die voorsprong wat die handelsgeheim aan die "besitter"[101] daarvan besorg het, nie reeds afgeloop het nie.[102]

3 3 "Delivery up"

Indien die beweerde inbreukmaker in besit is van sekere items[103] wat dit vir hom moontlik maak om verdere inbreukmakende handelinge met die handelsgeheim te verrig, behoort die eienaar 'n bevel van die hof te kan vra vir oorgawe of vernietiging van daardie items.[104]

---

92 Vgl bv die gedagtes van Oberdick "The taking of trade secrets: what constitutes just compensation?" 1986 *University of Pittsburgh LR* 247, wat weliswaar oor vergoeding by *regmatige* aantasting van handelsgeheime in die Amerikaanse reg handel.

93 Sien vn 43 *supra*.

94 Sien in die algemeen Neethling, Potgieter en Visser 145 ev.

95 En die aksie dus een op grond van onregmatige mededinging is (vgl weer vn 45 *supra*).

96 Sien *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd supra* 222.

97 Vgl Van Heerden en Neethling 29 oor die interdik as remedie by onregmatige mededinging.

98 *Ibid.*

99 490 e v *supra*.

100 Van Heerden en Neethling 29 30.

101 Dws die eienaar; of die persoon wat die handelsgeheim ongemagtig bekom het. Die begrip moet nie in 'n sakeregtelike sin verstaan word nie.

102 *Multi Tube Systems (Pty) Ltd v Ponting supra* 189. Die hof het hier die *Conmar*-kant van die sg *Shellmar-Conmar*-dispuut van die Amerikaanse reg gekies (sien hieroor bv die *Multi Tube*-saak 189G–H; Turner 427 ev; Barclay "Trade secrets: how long should an injunction last?" 1978 *UCLA LR* 203). Hierdie hele vraagstuk hang natuurlik saam met die beperkte duur van die sg *springboard*; sien vn 43 *supra*.

103 Bv aantekeninge wat hy van die "eienaar" se geheime proses gemaak het, afskrifte van sy kliëntelyse, ens.

104 Sien bv *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd supra* en *Multi Tube Systems (Pty) Ltd v Ponting supra* waar hierdie tipe bevel aangevra is, maar die hof nie daaroor beslis het nie. Vgl Kelbrick "Delivery up in trade mark litigation" 1987 *MB* 12 en gesag aldaar aangehaal. Kelbrick argumenteer dat dié remedie in Suid-Afrika 'n vorm van gebiedende interdik is.

3 4 Anton Piller-tipe bevele

In gevalle waar 'n beweerde inbreukmaker in besit was van materiaal waarop die eienaar van 'n handelsgeheim 'n saaklike of persoonlike reg gehad het, of wat as noodsaaklike bewysmateriaal in 'n geding kon dien, het die howe al Anton Piller-tipe bevele vir beslaglegging op dié materiaal verleen.[105] Die posisie met betrekking tot hierdie tipe bevele is tans onseker.[106]

3 5 "Account of profits"

Dit is te betwyfel of hierdie remedie ter beskerming van 'n handelsgeheim aangevra kan word.[107]

---

105 Die wesenlike gevaar bestaan natuurlik dat 'n Anton Piller-tipe bevel wat te wyd geformuleer is, of wat onbehoorlik uitgevoer word, die applikant in staat kan stel om die beweerde inbreukmaker se handelsgeheime te bekom. Dit is dus noodsaaklik dat voldoende beperkings en kontroles by die uitreiking van so 'n bevel ingebou moet word. Vgl bv *Wilrose Timbers (Pty) Ltd v CE Westergaard (Pty) Ltd supra*; *Easyfind International (SA) (Pty) Ltd v Instaplan Holdings supra*; *Cerebos Food Corporation Ltd v Diverse Foods SA (Pty) Ltd* 1984 4 SA 149 (T).

106 Die geldigheid en raadsaamheid van Anton Piller-tipe bevele was die onderwerp van Projek 57 van die Suid-Afrikaanse Regskommissie. Die verslag het aanbeveel dat bepaalde regsvrae mbt dié bevele aan die appèlhof voorgelê moet word vir beslissing ingevolge a 23 van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959. Tot tyd en wyl dit gebeur, is die geldigheid en draagwydte van hierdie tipe bevele onseker.

107 Sien Van Heerden en Neethling 137 vn 4.

LC STEYN-GEDENKBUNDEL

'n Aantal eksemplare van hierdie verdienstelike bundel is nog beskikbaar en kan bestel word teen R10,00 per eksemplaar van:

Prof DJ Joubert
Sekretaris
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

Het daar 'n "*fraus legis*-reël" in die Romeinse reg bestaan?*

Anton Derksen
B Com LLB H Dip Tax LLD
Die Pretoriase Balie

SUMMARY

Did a "*fraus legis* rule" exist in Roman law?

It has been contended that a *fraus legis* rule similar to the one which presently exists in the Netherlands, existed in Roman law. If it did, that fact would constitute an important starting-point for the recognition of such a rule in South African law.

According to the contention, the *fraus legis* rule of Roman law required that an act should have been performed with the intention of avoiding the statute concerned. Furthermore, the set of facts which was brought about by means of the act should have fallen within the meaning (*sententia*) of the statute. If those requirements were met, the legal consequences prescribed by the statute resulted.

It has, however, been proved that the requirement that an act be performed with the intention of avoiding the statute, did not exist in Roman law. Consequently no *fraus legis* rule such as the one contended for, existed in Roman law. The aforementioned requirement is in any event unacceptable for logical reasons.

The suggested *fraus legis* rule is an attempt to provide a legal basis in terms of which the legal consequences prescribed by a statute may result where the statute has been "avoided". That basis is unacceptable from a legal-theoretical point of view. An acceptable basis is that the statute should be interpreted in a way which has the effect of the statute being applicable. Such an interpretation need not be compatible with the words of the statute and is guided to a large extent by the principle underlying the statute (*ratio legis*).

1 INLEIDING

1 1 Betekenis van die uitdrukking *fraus legis*

Die uitdrukking *fraus legis* word in verskeie Romeinsregtelike tekste aangetref. Volgens twee Duitse skrywers, Pfaff[1] en Barthelmes,[2] was daardie uitdrukking in die Romeinse reg die benaming vir 'n konsep wat op 'n selfstandige regsreël

* Ek bedank graag dr A Gildenhuys en mnr JH Markgraaff vir hulle waardevolle kommentaar. Ek bly verantwoordelik vir die inhoud van die artikel.

1 *Zur Lehre vom Sogenannten in Fraudem Legis Agere* (1892).
2 *Das Handeln in Fraudem Legis* (1889).

met sy eie vereistes en gevolge neerkom.[3] So 'n reël word in die hedendaagse Nederlandse reg erken.[4] Die Margo-kommissie het aangedui dat die Nederlandse *fraus legis*-reël " 'n uitsonderlike kragtige [algemene anti-belastingvermydings]-wapen" is. Met daardie reël tot hulle beskikking sou die Nederlanders nie sekere spesifieke anti-vermydingsmaatreëls benodig wat wel in Suid-Afrika bestaan nie.[5]

Die Suid-Afrikaanse appèlhof se beskouing oor die betekenis van *fraus legis* in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg kom daarop neer dat die uitdrukking nie die benaming was vir 'n selfstandige regsreël soos die *fraus legis*-reël wat volgens Pfaff en Barthelmes in die Romeinse reg erken is en wat tans in Nederland bestaan nie. Volgens die appèlhof het die uitdrukking bloot die beginsel aangedui waarvolgens daar nie aan skynverwekkings nie maar slegs aan ware feite gevolg gegee moet word; met ander woorde, die beginsel wat weergegee word deur die spreuk *plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur.*[6] Die verwekking van 'n skyn is daarenteen nie 'n vereiste van die *fraus legis*-reël wat deur Pfaff en Barthelmes voorgestaan en in Nederland erken word nie. Daardie reëls gaan naamlik van die veronderstelling uit dat die feite waarop hulle van toepassing is werklik, en nie slegs oënskynlik nie, voorhande is.

'n Analise van die betekenis en korrektheid van Pfaff en Barthelmes se beskouing is om die volgende redes van belang:

- Indien dit sou blyk dat die uitdrukking *fraus legis* wel in die Romeinse reg aanduidend was van 'n selfstandige regsreël soos Pfaff en Barthelmes beweer, sou daardie feit 'n belangrike aanknopingspunt vorm vir 'n afwyking van die appèlhof se benadering en vir die erkenning van so 'n *fraus legis*-reël in Suid-Afrika.
- So 'n analise werp lig op die aard en oplossing van die vraagstuk wat ter sprake is wanneer daar van "vermyding van 'n wet" (of, in die konteks van 'n wet wat belasting oplê, van "belastingvermyding") gepraat word.

Aangesien ek tot die gevolgtrekking kom dat die "*fraus legis*-reël " wat deur Pfaff en Barthelmes voorgestaan word nie in die Romeinse reg bestaan het nie, sal ek in aanhalingstekens na die reël verwys.

---

3 Kyk par 2 hieronder. Volgens Teichmann *Die Gesetzesumgehung* (1962) 11 en Danzer *Die Steuerumgehung* (1981) 9 kom Pfaff en Barthelmes se teorieë op die erkenning van 'n "selfstandige regsinstelling" neer. 'n Regsinstelling ("legal institution", "Rechtsinstitut") is 'n kompleks van regsreëls (kyk Derksen *'n Benadering tot die uitleg van wette met besondere verwysing na die Inkomstebelastingwet 58 van 1962 en vermydingskemas* (LLD-proefskrif Unisa 1989) hfst 5 vn 1).

4 Derksen hfst 6; Derksen "Die Nederlandse fraus legis-reël en belastingvermyding in Suid-Afrika" 1989 *SA Merc LJ* 299. 'n Soortgelyke reël word ook in Engeland erken: kyk Derksen "Should the South African courts adopt the English anti-tax-avoidance rule in *Furniss v Dawson*?" 1990 *SALJ* 416.

5 Margo *et al Verslag van die Kommissie van Ondersoek na die Republiek van Suid-Afrika se Belastingstruktuur* (1986) par 27.25.

6 *Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530 544–548; Derksen hfst 11 par 10.2. Die appèlhof het aangedui dat 'n transaksie *in fraudem legis* is indien dit *gesimuleer* is met die bedoeling om die wet te vermy maar in werklikheid binne die trefwydte van die wet val (kyk die *Dadoo*-saak hierbo 547). Kyk ook Derksen "Skynverwekking en belastingvermyding" 1990 *De Rebus* 211.

1 2 Oorsprong

Pfaff en Barthelmes vind veral in die volgende drie tekste steun vir hulle standpunt dat *fraus legis* 'n benaming was vir 'n selfstandige anti-vermydingsregsreël:[7]

> *D* 1 3 29: "Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit." ("Hy wat iets doen wat die wet verbied, tree in stryd met die wet op; maar hy wat die betekenis van die wet omseil sonder om met die woorde daarvan in stryd te kom, tree *in fraudem legis* op.")[8]

> *D* 1 3 30: "Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat rheton apo dianoias, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit." ("*Fraus legis* word gepleeg wanneer dít gedoen word wat die wet nie wou hê gedoen moes word nie maar nie verbied het nie: die verskil tussen 'n handeling *in fraudem legis* en 'n handeling in stryd met die wet is dieselfde as die verskil tussen taal en die betekenis daarvan.")[9]

> *C* 1 14 5: "Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat."[10] ("Dit is ongetwyfeld so dat iemand wat aan die woorde van die wet voldoen maar dít nastreef wat die wet nie gedoen wil hê nie, in stryd met die wet optree: en iemand wat, in stryd met die betekenis van die reg, *fraudulenter* agter geforseerde taalgebruik skuil, sal nie die strawwe wat deur die wet voorgeskryf word, ontglip nie.")[11]

2 DAARSTELLING VAN 'N REGSREËL

Barthelmes en Pfaff se teorie het as inhoud dat indien 'n handeling verrig is wat as 'n "handeling *in fraudem legis*" getipeer kan word, daar sekere regsgevolge intree. Hulle dui dan aan welke eienskappe die handeling moet hê alvorens dit as 'n "handeling *in fraudem legis*" aangemerk kan word.[12]

Die vereiste dat 'n handeling wat aan 'n sekere omskrywing voldoen, verrig moet gewees het, is 'n omskrywing van feite wat voorhande moet wees. Volgens die teorie tree daar sekere regsgevolge in indien daardie feite voorhande is. Gevolglik kom die teorie op die daarstelling van 'n regsreël neer.[13] Daar word

---

7 Kyk Pfaff 132 par 19 133; Barthelmes 3 5 13; Neff *Beitraege zur Lehre von der Fraus Legi Facta in den Digesten* (1895) 16; Danzer 5 7.

8 Eie vertaling met behulp van Aquilius "Immorality and illegality in contract" 1942 *SALJ* 336. Kyk Derksen hfst 5 vn 3 vir verdere vertalings.

9 Eie vertaling met behulp van Aquilius 1942 *SALJ* 336. Die gekursiveerde woorde in die hoofteks is deur my onvertaal gelaat aangesien *D* 1 3 30 juis wil beskryf wat met *fraus legis* bedoel word. Daar bestaan oa twyfel oor die vraag of *fraus* hier "bedrog" of bloot "skade" of "nadeel" beteken het (kyk par 7 4 1 hieronder). Kyk Derksen hfst 5 vn 4 vir verdere vertalings.

10 Hierdie is die eerste gedeelte van *C* 1 14 5. Pfaff en Barthelmes steun slegs op die gedeelte tot by "voluntatem" (kyk Pfaff 133; Barthelmes 13). Wanneer *C* 1 14 5 aangehaal word ten einde die betekenis van *fraus legis* aan te dui, word gewoonlik die gedeelte wat in die hoofteks vermeld is, aangehaal (kyk Neff 20; Danzer 5 vn 16; die *Dadoo*-saak hierbo 544; kyk ook Derksen hfst 5 vn 5 en hfst 11 vn 35).

11 Eie vertaling met behulp van die vertaling in die *Dadoo*-saak hierbo 544. Kyk Derksen hfst 13 vn 127 ivm die betekenis van "voluntas legis" en "sententia legis". Kyk Derksen hfst 5 vn 6 ivm verdere vertalings van *C* 1 14 5. Die woord *fraudulenter* is deur my onvertaal gelaat aangesien dit onseker is of dit "bedrieglik" of bloot "benadelend" beteken het (kyk par 7 4 1 hieronder).

12 Derksen hfst 5 vn 7.

13 'n Regsreël is nl 'n bepaling dat indien sekere feite bestaan, sekere gevolge intree (kyk Derksen hfst 4 par 3; vgl Hoffmann *Der Begriff der Gesetzesumgehung* (1905) 19 en kyk ook Derksen hfst 5 vn 8).

derhalwe in hierdie artikel na Pfaff en Barthelmes se "handel *in fraudem legis*"-konsep verwys as die "*fraus legis*-reël".

3 FEITELIKE VEREISTES

Die feitelike vereistes waaraan voldoen moet word ten einde die regsgevolge van die reël in werking te laat tree, kan soos volg saamgevat word:

(a) 'n Handeling moet verrig gewees het.[14]

(b) Die handeling moet verrig gewees het met die bedoeling om 'n wet te vermy.[15]

(c) Die feitestel wat deur middel van die handeling tot stand gebring is, moet binne die toepassingsgebied van die *sententia* (betekenis) maar buite die trefwydte van die *verba* (woorde) van die betrokke wet geval het.[16]

Die regsgevolge wat intree indien aan die vereistes van die reël voldoen word, is dié regsgevolge wat sou ingetree het indien die betrokke wet wel van toepassing was. Soms kan 'n straf egter ook opgelê word. Hierdie aspekte word in paragraaf 9 hieronder bespreek.

Uit die bespreking van die onderwerp sal dit blyk dat die derde vereiste hierbo nie alleen vereis dat sekere feite voorhande moet wees nie, maar ook 'n voorskrif is om 'n betekenis aan die betrokke wet te gee wat nie uit sy woorde blyk nie.

4 VOORBEELD

Barthelmes vind in die toepassing van die *Senatusconsultum Macedonianum* 'n voorbeeld van die werking van die "*fraus legis*-reël". Hy meld dat hierdie wet 'n geldlening aan 'n huiskind verbied het.[17] Aangesien die verbod gelui het dat dit op geldlenings (dit wil sê lenings van kontantgeld) van toepassing is, is aanvaar dat die wet nie van toepassing is op 'n verkoping op krediet van 'n saak aan 'n huiskind nie.[18] Ulpianus verklaar egter in *D* 14 6 3 3:

> "Dit [verwysend na die stelling dat 'n verkoping op krediet nie deur die wet getref word nie] kan egter slegs gesê word waar *fraus* van die senaatsbesluit nie beoog is nie. [*Fraus* van die senaatsbesluit sal wel beoog wees waar] iemand wat nie geld kon uitleen nie liewer ['n saak] aan [die huiskind] verkoop het, sodat [die huiskind] die prys van die saak kon hê in plaas van die lening."[19]

Die aanhaling verwys na die geval waar 'n persoon 'n saak op krediet aan 'n huiskind verkoop en die kind dit onmiddellik daarna vir kontant aan 'n ander verkoop. Die kind skuld steeds die koopprys aan die verkoper. Hoewel die verkoper nie geld aan die kind geleen het nie, verkry die kind wel geld en word

---

14 Kyk par 6 hieronder.

15 Barthelmes 11; Derksen hfst 5 vn 10; kyk par 7 hieronder. Barthelmes 3 en Pfaff 82 meld dat die reël nie alleen tav wette nie, maar ook tav reëls van die gewoontereg gegeld het. Streng gesproke behoort " 'n wet" in par 3 1 2 dus " 'n regsreël" te lui. Die onderhawige bespreking word egter beperk tot die werking van die reël tav wette.

16 Kyk par 8 hieronder. Barthelmes 3 meld ook as selfstandige vereiste dat die wet 'n dwingende wet moet gewees het. Dit kan egter eerder as 'n beperking op die toepassingsgebied van die "*fraus legis*-reël" gesien word as dat dit 'n vereiste van die "*fraus legis*-reël" self is. Dit word in par 5 hieronder behandel (kyk in dié verband Pfaff 79 ev).

17 Barthelmes 10–11; ook Pfaff 83 vn 1.

18 *D* 14 6 3 3; Derksen hfst 5 vn 13; kyk ook *D* 14 6 7 3; Aquilius 1942 *SALJ* 338; Neff 61.

19 "[Q]uod ita demum erit dicendum, si non fraus senatus consulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem." Die vertaling in die hoofteks is gedoen met behulp van Scott *The civil law* (1932).

dieselfde resultaat dus bereik as waar geld aan die kind geleen sou gewees het. In so 'n geval is aanvaar dat die wet, hoewel dit slegs van geldlenings melding maak, nogtans van toepassing is. Optrede soos in die feitestel is dus as 'n oortreding van die statutêre verbod beskou.[20]

Volgens Barthelmes is die rede waarom daar geag is dat die wet van toepassing is op 'n kredietverkoping in vermelde omstandighede, die feit dat daar handelinge verrig is met die bedoeling om die wet te vermy. Indien al die handelinge in gemelde geval sonder sodanige bedoeling verrig is, sou die "*fraus legis*-reël" nie van toepassing gewees het nie. Gevolglik sou die wet ook nie op die geval van toepassing gewees het nie.[21]

Hieronder sal aangedui word dat Barthelmes se standpunt aan kritiek onderwerp is. Die kritiek is dat, hoewel die teks melding maak van die bedoeling om die wet te vermy, daardie bedoeling irrelevant is vir doeleindes van die vraag of die wet van toepassing is.[22]

5 SOORTE WETTE WAAROP DIE REËL VAN TOEPASSING KON WEES

Heelwat skrywers is van mening dat *fraus legis* slegs by wette wat 'n verbod inhou ter sprake kon kom. Hierdie beskouing word moontlik gebaseer op die woorde "prohibet" in *D* 1 3 29 en "vetuit" in *D* 1 3 30.[23] Sowel Pfaff[24] as Barthelmes[25] meen egter dat die "*fraus legis*-reël" ook ten aansien van gebiedende bepalings van toepassing kon wees. Die reël kon volgens hulle egter slegs ten aansien van *dwingende* wette van toepassing wees.[26]

6 HANDELING

6 1 Soort handeling

Pfaff en Barthelmes se "*fraus legis*-reël" vereis dat 'n handeling verrig moet gewees het. Die handeling moet met 'n sekere bedoeling verrig gewees het en moet 'n sekere resultaat bereik het. Origens kon enigiets wat as 'n "handeling" beskou word egter aan die reël voldoen. Daar is met ander woorde nie aangedui dat slegs sekere soorte aktiwiteite binne die trefwydte van die reël val nie.[27]

6 2 Relevansie van die handeling

Soos hierbo[28] gemeld, is Pfaff en Barthelmes se teorie grootliks op *D* 1 3 29, *D* 1 3 30 en *C* 1 14 5 gebaseer. Daardie tekste vermeld wel die verrigting van 'n handeling. In *D* 1 3 29 word gepraat van 'n "*omseiling* van die betekenis van die wet". In *D* 1 3 30 word gesê: "*Fraus legis* word *gepleeg* wanneer dít *gedoen*

---

20 Kyk Neff 62–63; Aquilius 1942 *SALJ* 338.
21 Barthelmes 10–11.
22 Kyk par 7 4 3 2 hieronder.
23 Pfaff 79 par 10; kyk ook Derksen hfst 13 par 5 3 sv "Aanwending nie slegs by verbodsbepalings". Kyk par 1 hierbo vir die teks van *D* 1 3 29 en *D* 1 3 30.
24 79 par 10; kyk ook Teichmann 11–12.
25 6.
26 Pfaff 81; Barthelmes 3.
27 Kyk par 2 en 3 1 hierbo. Vgl die ekwivalente statutêre reël in a 103(1) van die Inkomstebelastingwet 58 van 1962 waar 'n "transaksie, handeling of skema" vereis word.
28 Kyk par 1.

word wat die wet nie wil hê gedoen moet word nie." In *C* 1 14 5 word verwys na 'n "*nastrewing* van dit wat die wet nie gedoen wil hê nie."[29]

Die eerste vereiste waaraan die handeling volgens Pfaff en Barthelmes moet voldoen het, was dat dit verrig moet gewees het met die bedoeling om die wet te vermy.[30] Hieronder sal egter vermeld word dat ander skrywers oortuigend aantoon dat 'n bedoeling om die wet te vermy regtens irrelevant was.[31] Dit vloei noodwendig daaruit voort dat 'n handeling nie regtens relevant kan wees bloot uit hoofde daarvan dat dit verrig is met die bedoeling om 'n wet te vermy nie.

Die tweede vereiste waaraan die handeling volgens Pfaff en Barthelmes moet voldoen het, was dat dit 'n feitestel tot stand moet gebring het wat binne die toepassingsgebied van die betekenis van die wet[32] maar buite die trefwydte van die woorde van die wet[33] geval het.[34] Ander skrywers toon egter oortuigend aan dat al wat ter sake is by die bepaling van die regsgevolge van 'n feitestel die vraag is of die feitestel binne die betekenis van die wet tuisgebring kan word. Daar moet dus bepaal word welke feite deur die *sententia legis* as vereistes gestel word vir die inwerkingtreding van die regsgevolge wat die wet voorskryf.[35] Die omstandigheid dat een of ander feit deur middel van een of ander handeling tot stand gekom het, sal dus slegs relevant wees indien die betekenis van die wet aandui dat dit relevant is.

Aangesien albei die vereistes waaraan die handeling volgens Pfaff en Barthelmes moet voldoen het regtens irrelevant is, is die handeling ook irrelevant.

7 BEDOELING OM DIE WET TE VERMY

7 1 Inleiding

Hierbo is aangedui dat die vereiste wat die "*fraus legis*-reël" die karakter van 'n regsreël gee, die vereiste is dat daar 'n handeling verrig moet gewees het wat aan sekere vereistes voldoen.[36] Die eerste van dié vereistes is dat die handeling verrig moet gewees het met die bedoeling om die wet te vermy.

7 2 Betekenis

Volgens Barthelmes beteken die "bedoeling om die wet te vermy" 'n bedoeling van die persoon om hom te onttrek aan die dwang wat die wet wil uitoefen.[37] Hy ontwikkel hierdie gedagte dan soos volg:

Waar 'n beswarende bepaling ter sprake is, beteken "bedoeling om te vermy" 'n bedoeling dat die feitestel wat tot stand gebring word buite die toepassingsgebied van die woorde van die bepaling sal bly. Dit word gedoen deur toe te sien dat een van die feitelike vereistes wat in die woorde van die wet gestel word

29 My beklemtoning. Kyk par 1 hierbo vir die volledige sinne.
30 Kyk par 3 1 hierbo.
31 Kyk par 7; kyk ook Derksen hfst 11.
32 *Sententia legis.*
33 *Verba legis.*
34 Kyk par 3 1 hierbo.
35 Kyk par 7 6 2 hieronder; Derksen hfst 11.
36 Kyk par 2 hierbo.
37 Barthelmes 8 11; Derksen hfst 5 vn 37.

nie aanwesig is nie. Tog val die feitestel wel binne die toepassingsgebied van die betekenis van die wet (*sententia legis*).[38]

Met betrekking tot 'n bepaling wat voordele toeken, beperk Barthelmes sy bespreking tot wette wat voordele aan 'n derde, en nie aan die vermyder nie, toeken. Wat sulke regsreëls betref, is die "bedoeling om te vermy" ook 'n bedoeling dat die bepaling wat die woorde daarvan aangaan, nie van toepassing sal wees nie. Tog val die feitestel wel binne die toepassingsgebied van die betekenis van die wet.[39]

Barthelmes se bespreking kom verder daarop neer dat die persoon wat die bedoeling het om te vermy, daarvan *bewus* is dat die feitestel wat hy tot stand bring wel binne die toepassingsgebied van die betekenis van die wet val, hoewel nie binne die woorde van die wet nie.[40]

Volgens Barthelmes poog die vermyder doelbewus om die wet te "benadeel". Die wet word as 'n persoon beskou, welke persoon deur die vermyder benadeel word. Die woord *fraus* in die uitdrukking *fraus legis* beteken volgens hom doelbewuste regstrydige benadeling.[41]

7 3 Bewys van die bedoeling

Barthelmes is van mening dat indien daar 'n ingewikkelde transaksie voorhande is, dit 'n aanduiding kan wees dat die partye bedoel het om die wet te vermy.[42] 'n "Ingewikkelde" transaksie is meestal 'n "abnormale" transaksie.[43] Barthelmes se stelling kom dus daarop neer dat die abnormaliteit van 'n handeling meestal 'n aanduiding is van die aanwesigheid van 'n bedoeling om die wet te vermy.

7 4 Die vraag of hierdie vereiste wel in die Romeinse reg bestaan het

7 4 1 Die woord fraus

Barthelmes steun vir sy stelling dat die uitdrukking *fraus legis* inhou dat daar 'n sekere bedoeling aanwesig moet gewees het, onder andere op die betekenis van die woord *fraus*. Na sy mening beteken die woord "*doelbewuste* regstrydige benadeling".[44]

Die skrywer Wette verskil egter van hierdie standpunt. Hy dui aan dat *fraus* oorspronklik bloot "nadeel" of "skade" beteken het. Geen element van bedoeling is hierin vervat nie. Eers later is die woord gebruik in die sin van

---

38 Barthelmes 17–18; Derksen hfst 5 vn 38. Kyk die voorbeeld in par 4 hierbo. Kyk par 8 hieronder ivm die *sententia legis*. Die tersaaklike bedoeling kan in ieder geval nie 'n bedoeling wees "om *fraus legis* te pleeg" nie. So 'n standpunt sou met sigself in stryd wees. Aangesien die betrokke bedoeling self reeds 'n vereiste (element) van die "*fraus legis*-reël" is, is dit 'n logiese onmoontlikheid dat die tersaaklike bedoeling 'n bedoeling kan wees "om *fraus legis* te pleeg". Dieselfde geld waar gepraat word van "vermyding" van 'n wet. Indien die betrokke bedoeling self reeds 'n vereiste (element) van die begrip "vermyding" sou wees, is dit 'n logiese onmoontlikheid dat die tersaaklike bedoeling 'n bedoeling kan wees "om die wet te vermy".

39 Kyk Barthelmes 14; Derksen hfst 5 vn 39.

40 Barthelmes 13–14; Hoffmann 20; Derksen hfst 5 vn 40.

41 Barthelmes 8–9. Kyk verder par 7 4 1 hieronder ivm die betekenis van *fraus*. Kyk Pfaff 83–89 vir sy beskouing oor die bedoeling om te vermy. Kyk Neff 18–19 vir 'n bespreking van Barthelmes en Pfaff se standpunte oor die bedoeling om te vermy.

42 Barthelmes 11; kyk ook Hoffmann 20; Vetsch *Die Umgehung des Gesetzes* (1917) 219.

43 Kyk Derksen hfst 6 par 10.4; hfst 9 par 10.5 sv "Aanduidings van abnormaliteit".

44 My beklemtoning. Dit omvat volgens hom sowel *dolus* as *damnum* (Barthelmes 8–9).

"bedrog", "misleiding" of "sluheid". In die uitdrukking *fraus legis* is die oorspronklike betekenis egter behou. Gevolglik kan daar nie uit die woord *fraus* afgelei word dat die uitdrukking *fraus legis* noodwendig impliseer dat daar 'n sekere bedoeling moet gewees het nie.[45]

Ook Neff meen dat daar nie sonder twyfel uit die woord *fraus* afgelei kan word dat *fraus legis* impliseer dat daar 'n bedoeling moet wees om die wet te vermy nie. Dit vloei voort uit die feit dat *fraus* die voormelde twee moontlike betekenisse gehad het. Hy meen egter dat die vraag of die uitdrukking *fraus legis* impliseer dat daar 'n bedoeling moet gewees het om die wet te vermy, oopgelaat kan word; so 'n bedoeling kan naamlik nie 'n uitwerking hê op die beslissing wat oor 'n betrokke feitestel gegee word nie.[46] Al wat met sekerheid gesê kan word oor die uitdrukking *fraus legis*, is dat dit dui op 'n feitestel waar dit nie met die eerste oogopslag duidelik is dat die wet van toepassing is nie. Dit dui naamlik op gevalle waar die toepaslikheid van die wet eers blyk nadat die werklike inhoud van die wet (*sententia legis*) duidelik geword het. Indien beeldspraak gebruik word, kan gesê word dat dit gevalle is waar die feit dat die wet van toepassing is, verborge is. Of hierdie verborgenheid doelbewus deur die betrokke partye veroorsaak is al dan nie, is egter irrelevant wat betref die aard van die beslissing wat gegee word.[47]

7 4 2 Die woord circumvenire *in* D *1 3 29*

In *D* 1 3 29 sê die juris Paulus die volgende:

> "Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit."[48]

Pfaff motiveer sy standpunt dat *fraus legis* 'n bedoeling impliseer om die wet te vermy onder andere op die grondslag dat die woord *circumvenire* in *D* 1 3 29 daarop dui.[49]

In teenstelling met Pfaff lei Neff egter geen bedoelingvereiste uit die woord af nie. Hy verklaar die teks soos volg:[50]

Eerstens moet besef word dat die woord *circumvenire* nie deur Ulpianus in *D* 1 3 30 gebruik word nie. Ulpianus sê bloot: "fit quod lex fieri noluit" ("dít word gedoen wat die wet nie wil hê gedoen moet word nie").[51] Tóg kan die betekenis van die twee tekste nie verskil nie.

Tweedens: Paulus se beeld in *D* 1 3 29 is uit die krygswese ontneem. In die geval van 'n "omseiling" of "omgaan-aksie"[52] (*circumvenire*) word die aanval nie teen die front van die vyand geloods nie maar teen sy flank of rug. Dit word dus gedoen teen daardie stelling van die vyand wat die swakkere is. Die aanval word op so 'n wyse onderneem dat die teenstander aanvanklik nie sal bemerk

---

45 Wette *Mentalreservation, Simulation und Agere in Fraudem Legis* (1900) 33–34.
46 Die rede waarom hy meen dat dié bedoeling irrelevant is, word in par 7 4 3 2 hieronder bespreek.
47 Neff 24–25; Derksen hfst 5 vn 47. Wette 35 en Hoffmann 22–24 huldig ooreenstemmende standpunte. Neff se standpunt het nie betrekking op skynverwekkings oor feite nie (26).
48 Kyk par 1 en vn 8 hierbo.
49 Pfaff 83.
50 21–22.
51 Kyk par 1 en vn 9 hierbo.
52 "Umgehung" (kyk Neff 21). Ook omsirkeling genoem (kyk Simpson *Cassel's new Latin-English English-Latin dictionary* (1966) sv *circumvenire*: "to surround with hostile intent").

dat hy aangeval word nie. Die aanval word met ander woorde op 'n verborge wyse onderneem. Net soos 'n aanval teen die front die vyand tref en verwond, word hy in die geval van 'n "omgaan-aksie" ook getref en verwond.

Indien hierdie beeld na *D* 1 3 29 oorgedra word, blyk dit dat die wil van die wet (dit wil sê die vyand van die handelende persoon) geskend word sowel by 'n optrede *contra legem* as by 'n optrede *in fraudem legis*. In eersgenoemde geval sou dit 'n optrede teen die front van die wet, synde die woorde van die wet (*verba legis*), wees. So 'n aanval word dus openlik gedoen. In laasgenoemde geval sou dit 'n optrede teen die flank of rug van die wet, synde die werklike inhoud[53] van die wet (*sententia legis*), wees. Die *sententia legis* word nie in die betrokke geval deur die woorde van die wet uitgedruk nie.[54] Dit is die swakkere stelling van die wet aangesien dit nie deur die woorde beskerm word nie. So 'n aanval word dus op verborge wyse gedoen.[55]

7 4 3 Ander tekste

7 4 3 1 Barthelmes en Pfaff se afleidings uit ander tekste

Afgesien van *D* 1 3 29, *D* 1 3 30 en *C* 1 14 5, vind Barthelmes en Pfaff ook uit ander tekste gesag vir hulle beskouing oor die betekenis van *fraus legis*.[56] Een hiervan is *D* 14 6 3 3 wat in paragraaf 4 hierbo bespreek is.[57]

7 4 3 2 Neff se afleidings uit ander tekste

Neff het 'n hele aantal *Digesta*-tekste waarin die uitdrukking *fraus legis* voorkom – waaronder *D* 14 6 3 3 – ondersoek. Hy kom onder andere tot die volgende gevolgtrekkings:

- Daar is tekste waarin die uitdrukking *fraus legis* nie voorkom nie maar waarvan die feitestel ooreenstem met die feitestel van 'n teks waarin daardie uitdrukking wel voorkom. Die beslissing wat in albei tekste gegee word, is egter dieselfde. Hieruit kan afgelei word dat die *fraus*-element, ook in die gevalle waar dit uitdruklik vermeld word, irrelevant was vir die bereiking van die beslissing.[58]
- In sommige feitestelle in die tekste is daar wel 'n bedoeling om te vermy voorhande, maar wanneer die juriste tot die gevolgtrekking kom dat die wet wel op die feitestel van toepassing is, word daar nie na daardie bedoeling verwys nie.[59]

Neff is derhalwe van mening dat sy analise van die tekste bewys dat die faktor in 'n feitestel wat daartoe lei dat dit as *fraus legis* bestempel kan word 'n ondergeskikte element van die feitestel is. Dit is naamlik irrelevant met die oog op die bereiking van 'n beslissing.[60] Aangesien dit dus irrelevant is of 'n feitestel

---

53 Neff (20–21 23) vertaal *sententia legis* met sowel "werklike inhoud" ("wirklicher Inhalt") as "betekenis" ("Sinn") van die wet (kyk ook Derksen hfst 13 vn 127).
54 Kyk Neff 20–21.
55 Neff 21. Hoffmann 22–23 en Wette 31–32 ondersteun hierdie standpunt.
56 Kyk ivm hulle steun op *D* 1 3 29, *D* 1 3 30 en *C* 1 14 5, Barthelmes 12 13 en Pfaff 132–136; ivm hulle steun op ander tekste, Barthelmes 8–11 en Pfaff 83–86.
57 Kyk Barthelmes 10–11; Pfaff 83 vn 1.
58 Neff 28.
59 *Idem* 29.
60 *Idem* 28.

as *fraus legis* bestempel kan word al dan nie, is dit ook nie nodig om te bepaal of 'n "bedoeling om te vermy" 'n element van *fraus legis* is nie.[61] Soos reeds in paragraaf 7 4 1 hierbo aangedui is, meen Neff dat daar wel met sekerheid gesê kan word dat *fraus legis* verwys na feitestelle waar dit nie met die eerste oogopslag duidelik is dat die wet daarop van toepassing is nie. Dit is dus feitestelle ten aansien waarvan gesê kan word dat die toepaslikheid van die wet daarop verborge is.[62] Hierdie onduidelikheid of verborgenheid is egter 'n onbelangrike gegewe en het op sigself geen uitwerking op die beslissing wat bereik word nie.[63]

7 4 3 3 Neff se ondersoekmetode

Die volgende voorbeeld illustreer die metode waarop Neff die *Digesta*-tekste ondersoek het ten einde tot bogenoemde gevolgtrekkings te kom:[64]

'n Sekere wet[65] het ten doel gehad om te verhoed dat daar hindernisse in die weg van huweliksluiting geplaas word.[66] Gevolglik het die wet onder andere bepaal dat indien 'n erfstelling of legaat 'n voorwaarde bevat dat die begiftigde ongetroud moet wees ten einde dit te kan ontvang, sodanige voorwaarde beskou moes word asof dit nooit ingevoeg was nie.[67]

In *D* 35 1 63 1[68] word die vraag bespreek of 'n voorwaarde in 'n legaat wat lui dat die legataris dit slegs mag ontvang "indien sy met Titius trou" kragtens die gemelde wet beskou moes word asof dit nooit ingevoeg was nie. Die voorwaarde het nie binne die trefwydte van die woorde van die wet geval nie.[69] Die juris Gaius dui aan dat, ten einde te bepaal of die voorwaarde binne die trefwydte van die wet val, daar eers bepaal moet word of Titius waardig is om met die legataris te trou. Indien Titius nie waardig is nie, val die voorwaarde wel binne die trefwydte van die wet.[70] Gaius gee die rede vir hierdie beslissing soos volg weer: die bepaling dat sy met Titius moet trou, kom daarop neer dat sy met niemand anders mag trou nie. Indien Titius dus onwaardig is om met haar te trou, het die bepaling dieselfde uitwerking as waar dit sou gelees het "indien sy nie trou nie".[71]

Neff is van mening dat die voormelde feitestel binne die trefwydte van die *sententia legis*, hoewel nie binne die trefwydte van die *verba legis* nie, geval het.[72]

In die teks word die uitdrukking *fraus legis* glad nie vermeld nie.[73] Daar word ook geen melding gemaak van die vraag of die testateur die bedoeling gehad het om die wet te vermy al dan nie. Die beslissing word dus gegee sonder om so 'n bedoeling in ag te neem.[74]

---

61 *Idem* 24–25.
62 *Idem* 24. Kyk die aanhaling in Derksen hfst 5 vn 47.
63 Neff 28.
64 Kyk *idem* 39–42.
65 Die *lex Julia et Papia Poppaea* (kyk Neff 39 par II).
66 Neff 39 par II. Die doel om die hindernisse te verhoed, was op sy beurt om die bevolking te laat vermeerder (kyk *D* 35 1 64 1; Aquilius 1942 *SALJ* 337).
67 Neff 39 par II; *D* 35 1 63 *pr.*
68 Kyk Derksen hfst 5 vn 68.
69 Neff 40. Die woorde van die wet is nie meer bekend nie. Neff (39–40) lei die vermoedelike woorde egter van die tekste af.
70 Neff 40; *D* 35 1 63 1.
71 Kyk *D* 35 1 63 1.
72 Neff 40–41.
73 Kyk *D* 35 1 63 1.
74 Neff 40–41; kyk ook *D* 35 1 63 1.

In die volgende teks, naamlik *D* 35 1 64, word die uitleg van dieselfde wet bespreek met verwysing na 'n soortgelyke feitestel. Hier het 'n legaat 'n voorwaarde bevat wat gelui het dat die legataris dit slegs mag ontvang "indien sy nie in Aricia trou nie". In hierdie geval word die uitdrukking *fraus legis* egter wél gebruik wanneer die juris (hier Terentius Clemens) sy beslissing gee. Dit word soos volg gestel:

> "As die testateur egter gesê het, 'As sy nie in Aricia trou nie', moet daar vasgestel word of daar *fraus legis* gepleeg is."[75]

Indien Barthelmes en Pfaff korrek is deur te sê dat *fraus legis* 'n bedoeling om te vermy impliseer, sou mens verwag het dat Terentius Clemens, ná die voormelde stelling, sou voortgegaan het om vas te stel of die testateur sodanige bedoeling gehad het. Dit word egter nie gedoen nie. Daar word bloot gevra of die betrokke voorwaarde 'n hindernis in die weg van huweliksluiting plaas. Om dít te kan bepaal, moet vasgestel word of dit vir die legataris moeilik sou wees om elders as in Aricia 'n man te kry; en indien wel, sou die wet van toepassing wees.[76]

In die onderhawige feitestel het die testateur blykbaar wel die bedoeling gehad om die wet te vermy. Daardie bedoeling is egter nie by die bereiking van die beslissing in ag geneem nie.[77]

Dieselfde oorwegings wat Gaius in *D* 35 1 63 1 noop om te beslis dat die wet wel van toepassing is, noop dus vir Terentius Clemens in *D* 35 1 64 1 om ook so te beslis. In die tweede geval is die uitdrukking *fraus legis* gebruik, maar nie in die eerste geval nie. Dit is dus nie nodig om 'n feitestel as *in fraudem legis* te kan bestempel ten einde die vereiste beslissing te kan bereik nie. 'n Feitestel wat as *in fraudem legis* bestempel kan word, is slegs in dié mate besonders deurdat dit nie met die eerste oogopslag duidelik is dat die wet daarop van toepassing is nie.[78]

7 4 3 4 Geldigheid van Neff se analise

Neff se analise van *Digesta*-tekste en die gevolgtrekkings wat hy daaruit maak, is oortuigend.[79] Verskeie ander skrywers huldig ook die standpunt dat 'n bedoeling om die wet te vermy in die Romeinse reg as regtens irrelevant beskou is.[80]

---

75 *D* 35 1 64 1. Die vertaling is deur my gedoen met behulp van Neff 41 en Aquilius 1942 *SALJ* 337. Scott se vertaling verskil daarvan.

76 Neff 41; Derksen hfst 5 vn 75. Aquilius 1942 *SALJ* 337 bereik ook die gevolgtrekking dat die bedoeling van die testateur by die invoeging van die voorwaarde hier nie in ag geneem is nie.

77 Neff 41–42.

78 *Idem* 41.

79 Kyk ook Neff 28–75 se analise van verskeie ander tekste.

80 Bv Hoffmann 22–24; Wette 34–35; Scheltema "Simulatio – fraus legi facta" 1936 *Rechtsgeleerd Magazijn* 34 63 123–124; Vetsch 216–219. Vetsch (216) meld ook dat Rotondi *Gli Atti in Frode alla Legge nella Dottrina Romana* (1911) die bronne grondig ondersoek het en ook tot hierdie gevolgtrekking gekom het. Kaser *Das römische Privatrecht* vol 1 (1971) 250 ondersteun blykbaar, minstens wat die klassieke tyd betref, ook hierdie standpunt (kyk ook Aquilius 1942 *SALJ* 337; vgl Von Holtzendorff en Kohler *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft* vol 1 (1915) 409; Sohm *The Institutes* (1907) 30). Neff se standpunt dat *fraus legis* nie 'n selfstandige regsinstelling is nie en dat 'n anti-vermydingsvoorskrif dus nie in die Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* ("BGB") opgeneem behoort te word nie, is in Duitsland aanvaar. Geen sodanige reël is derhalwe in die BGB opgeneem nie (kyk Danzer 9; Flume *Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts* vol 2 (1965) 350 408–409).

7 5 Ander bedoelings soms wel relevant

Hoewel 'n bedoeling om die wet te vermy irrelevant was by die bepaling of 'n wet van toepassing is, het dit nie beteken dat ander bedoelings van 'n persoon nie relevante aspekte van 'n feitestel kon wees nie. Hoewel die woorde van 'n wet (*verba legis*) geen melding gemaak het van die bedoeling waarmee iets gedoen word nie, kon daar naamlik bevind word dat die werklike inhoud van die wet (*sententia legis*) wel sodanige bedoeling relevant maak. Onder hierdie bedoelings word egter nie gereken 'n bedoeling om die wet te vermy nie.

Die volgende voorbeeld illustreer die punt: 'n Sekere wet[81] het bepaal dat indien 'n beskermheer 'n vrygelate slaaf 'n eed sou laat aflê dat die vrygelatene nie sal trou nie, die beskermheer bestraf sou word deurdat hy sy beskermheersreg ontneem word. Die vraag het ontstaan of die wet van toepassing was waar 'n beskermheer 'n vrygelatene 'n eed laat aflê het dat sy *met die beskermheer* sal trou. Daar is beslis dat indien die beskermheer die bedoeling gehad het om met die vrygelatene te trou, die wet nie van toepassing is nie. Indien hy egter nie bedoel het om met haar te trou nie en haar die eed laat aflê het bloot om te verhoed dat sy met iemand anders trou, is die wet wel van toepassing.[82]

Om die volgende rede is bevind dat die wet van toepassing is: Die werklike inhoud van die wet bepaal dat waar 'n beskermheer 'n vrygelatene 'n eed laat aflê dat die vrygelatene met die beskermheer sal trou maar die beskermheer nie bedoel om inderdaad met die vrygelatene te trou nie, die regsgevolge wat die wet voorskryf, moet intree. Daardie regsgevolge is dat die beskermheer sy beskermheersreg verloor. Die rede waarom die wet van toepassing is, is dus nie dat die betrokke beskermheer bedoel het om die wet te vermy nie – dit wil sê bedoel het dat die wet nie van toepassing sal wees nie. Daar kan aanvaar word dat die beskermheer wel bedoel het dat die wet nie van toepassing sal wees nie. Die bogemelde regsgevolge sou desnietemin steeds ingetree het al het die beskermheer nie die bedoeling gehad dat die wet nie van toepassing sal wees nie.[83]

Indien aanvaar word dat 'n wet vereistes kan bevat wat nie in die woorde daarvan uitgedruk is nie, kom gemelde voorbeeld nie vreemd voor nie. 'n Wet kan verskeie kombinasies van feite – wat nie in die woorde van die wet uitgedruk word nie – as vereistes stel vir die inwerkingtreding van die regsgevolge wat die wet voorskryf. 'n Persoon se bedoeling is bloot een van 'n oneindige hoeveelheid moontlike feite wat deur die wet gekies kan word om as vereistes te dien. Die onderskeid tussen 'n (irrelevante) bedoeling om die wet te vermy en ander (relevante) bedoelings is om die volgende rede van belang: 'n Aansienlike meningsverskil bestaan tussen regskrywers oor die vraag of 'n bedoeling om 'n wet te vermy ter sake is by 'n bepaling of die wet van toepassing is.[84] Daar word aan die hand gedoen dat die skrywers wat die standpunt huldig dat dit wel relevant is, aan so 'n bedoeling relevansie wil toeken omrede hulle verkeerdelik sekere relevante bedoelings van die onderdaan as bedoelings om die wet te vermy, aansien.[85] Hulle kon – met reg – eenvoudig nie aanvaar dat die onderdaan

---

81 Die *lex Aelia Sentia.*
82 *D* 37 14 6 3 (kyk ook Neff 71).
83 Kyk Neff 71 en die analise in par 7 4 3 3 hierbo.
84 Kyk par 7 4 hierbo, 7 6 hieronder en Derksen hfst 1 vn 11.
85 Kyk die bespreking van hierdie aangeleentheid in Derksen hfst 9 par 8.16 en voetnote aldaar.

se bedoeling in voorbeelde soos dié hierbo irrelevant is nie. Indien hulle egter die verskil tussen 'n bedoeling om te vermy en ander (relevante) bedoelings van die onderdaan sou ingesien het, sou hulle waarskynlik makliker aanvaar het dat 'n bedoeling om te vermy irrelevant is.

Die irrelevantheid van 'n bedoeling om te vermy is makliker te begryp waar die betrokke onuitgedrukte vereiste van die wet nie die een of ander bedoeling van die onderdaan is nie. Die voorbeelde in paragraaf 7 4 3 3 hierbo dui dit aan.

7 6 Kritiek teen die bedoeling-vereiste

7 6 1 Inleiding

Afgesien van die vraag of 'n bedoeling om te vermy enigsins in die Romeinse reg 'n vereiste van 'n regsreël was al dan nie, is die stel van so 'n vereiste aan indringende kritiek op logiese gronde onderwerp.

7 6 2 Neff se kritiek

Neff[86] dui aan dat volgens Barthelmes en Pfaff se teorie, *D* 1 3 29, *D* 1 3 30 en *C* 1 14 5 'n eiesoortige regsinstelling daargestel het. Die vereistes daarvan bestaan *eerstens* uit die vereistes wat die betrokke wet self stel. Hierdie is gewone feitelike vereistes, byvoorbeeld positiewe handelinge, lates, gebeurtenisse, opset, nalatigheid, ensovoorts. Die vereistes is nie bloot dié wat uit die woorde van die wet blyk nie, maar wel dié wat deur die werklike inhoud van die wet (*sententia legis*) daargestel word. *Tweedens* stel die instelling 'n buitengewone vereiste, naamlik die bedoeling om die wet te vermy.

Neff kritiseer die voormelde posisie soos volg:

Die vereistes wat 'n wet stel, kan onmoontlik die element van bedoeling om te vermy, bevat. 'n Regsreël is naamlik nie 'n doel op sigself nie maar dien die doel van die reëling van verhoudinge tussen mense. Die regsgevolge wat 'n wet voorskryf, tree in werking ongeag of die partye die bedoeling gehad het om die wet te respekteer al dan nie. Volgens die "*fraus legis*-reël" moet daar egter ook 'n bedoeling gewees het om die wet te vermy alvorens die regsgevolge wat die wet voorskryf in werking tree. Dit is nie korrek nie. Al wat vereis word ten einde die regsgevolge wat 'n wet voorskryf in werking te laat tree, is dat die vereistes wat deur die *sententia legis* daargestel word, aanwesig sal wees. Gevolglik is die bedoeling om te vermy irrelevant.[87]

7 6 3 Hoffmann se kritiek

Hoffmann dui aan dat die blote feit dat 'n bedoeling om die wet te vermy dikwels aanwesig is nie beteken dat dit 'n wesenlike element is van dit wat as *fraus legis* bekend staan nie. 'n Wet wil normaalweg stelling inneem teenoor 'n bepaalde ekonomiese gevolg. Dit wil daardie gevolg òf verhinder òf die inwerkingtreding daarvan afhanklik maak van die vervulling van bepaalde vereistes. Die uitvoering van hierdie opdrag is vir die wet egter slegs moontlik indien die wet hom tot daardie ekonomiese gevolg in alle omstandighede rig. Dit moet slegs

86 18–19.
87 Neff 19; kyk ook *idem* 18; Flume 409; Derksen hfst 5 vn 87.

in ag neem *of*, en nie hoe nie, daardie gevolg tot stand gekom het. Waar 'n handeling in stryd is met die wet, word die wet daarop toegepas ongeag of die persoon bedoel het dat die wet daarop van toepassing sal wees al dan nie. Om welke rede sou dit by 'n optrede *in fraudem legis* nie ook die geval wees nie?[88]

Die vraag sou gevra kon word of 'n regsreël slegs op persone wat doelbewus probeer om dit te vermy, aangewend moet word omrede 'n mens die listige, verborge en sluwe wyse van optrede wil bestraf. Dit kan egter onmoontlik die geval wees want dan sou 'n mens, ook in die geval van openlike optrede in stryd met die wet, slegs persone wat dit doelbewus gedoen het, kon bestraf omdat 'n doelbewuste handeling in stryd met die wet 'n besonder skerpe optrede vereis.[89]

7 6 4 Teichmann se kritiek

Teichmann vermeld dat die bedoeling-vereiste daartoe kan lei dat verskillende gevolge geheg word aan dieselfde feitestelle afhangend daarvan of die betrokke persoon die bedoeling gehad het om die wet te vermy al dan nie. So 'n prosedure is in stryd met die gelykheidsbeginsel en is gevolglik ook in stryd met die geregtigheidsidee. Verder kan daar ook nie volledig aan 'n wet gelding gegee word indien dit slegs persone sou tref wat die bedoeling gehad het om dit te vermy nie. Die vereiste van 'n bedoeling om te vermy kan gevolglik nie aanvaar word nie.[90]

Die voormelde gevolgtrekking kan volgens Teichmann ook nie daardeur geraak word dat sommige wette uitdruklik die vereiste van vermydingsbedoeling bevat nie. Die formulering van 'n spesiale wet op 'n sekere gebied van die reg kan geen beperking op die ondersoek daarstel nie. Dit is immers moontlik dat die formulering van die betrokke wet gebaseer is op 'n denkrigting wat nie geregverdig kan word nie.[91]

7 6 5 Aanvaarbaarheid van die kritiek

Daar word aan die hand gedoen dat die kritiek wat hierbo uitgespreek is, gegrond is.

7 6 6 Kritiek in Nederlandse reg

Soos hierbo gemeld is, bestaan daar in die Nederlandse reg 'n *fraus legis*-reël. Daardie reël bevat ook die vereiste van die bedoeling om die wet te vermy. In Nederland is daar kritiek teen die vereiste uitgespreek. Daardie kritiek is ewe toepaslik wat betref die bedoeling-vereiste wat na bewering in die Romeinse reg bestaan het.[92]

---

88 Hoffmann 19–20. Vetsch 217 se kritiek het dieselfde strekking.
89 Hoffmann 20.
90 Teichmann 69–70.
91 *Idem* 70. Vgl die Nederlandse en Suid-Afrikaanse statutêre algemene anti-belastingvermydingsbepalings waarin bedoeling om te vermy as 'n vereiste gestel word (kyk resp Derksen hfst 7 par 4.7 en Derksen hfst 9 par 5.1 8).
92 Kyk Derksen hfst 6 par 8.6.

8 FEITESTEL BINNE TOEPASSINGSGEBIED VAN *SENTENTIA LEGIS*

8 1 'n Vereiste van die "*fraus legis*-reël"

Barthelmes stel as tweede vereiste waaraan 'n handeling moet voldoen ten einde dit as 'n handeling *in fraudem legis* te kan tipeer dat dit "in stryd met die *sententia legis* verrig moet gewees het."[93] Hiermee word bedoel dat 'n feitestel deur middel van die handeling tot stand gebring moet gewees het wat binne die toepassingsgebied van die *sententia* (maar buite die trefwydte van die *verba*) van die betrokke dwingende wet geval het.[94]

8 2 Betekenis

Elders is skrywers, afgesien van Barthelmes en Pfaff, se beskouings oor die betekenis van "sententia legis" bespreek. Daar is aangedui dat die uitdrukking in sowel die Romeinse as die Romeins-Hollandse reg geen eie, materiële betekenis gehad het nie. Dit het bloot beteken 'n betekenis wat by wyse van uitleg aan 'n wet gegee is. Dié betekenis hoef nie binne die moontlike betekenis van die woorde van die wet te geval het nie.[95] Barthelmes en Pfaff se beskouing stem met die voormelde ooreen.[96]

Gevolglik is die enigste eienskap wat Barthelmes en Pfaff se teorie onderskei van dié van Neff (naamlik dat die probleem bloot gaan om 'n bepaling van die *sententia legis*) die feit dat hulle die vereiste stel dat daar 'n handeling moet gewees het wat verrig is met die bedoeling om die wet te vermy.[97]

8 3 Verband tot beginsel van die wet

Elders is aangedui dat waar daar in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg 'n betekenis aan 'n wet gegee is wat nie binne die moontlike betekenis van die woorde van die wet val nie, die beginsel van die wet (*ratio legis*) 'n belangrike rol as uitleghulpmiddel gespeel het. Waar dit nie duidelik was dat 'n wet op 'n feitestel van toepassing is nie, is die feitestel soms, soos reeds aangedui is, as *in fraudem legis* bestempel. In so 'n feitestel het die beginsel van die wet gevolglik 'n belangrike rol by die uitleg daarvan gespeel.[98]

---

93 Barthelmes 11: "Zu der rechtswidrigen Absicht, ein zwingendes Gesetz zu umgehen, muss dass Zuwiderhandeln gegen den Sinn des Gesetzes hinzukommen." Op 13: "Mit 'Sinn' bezeichnen wir, was die Quellendefinition sententia oder voluntas legis nennt, so in fr. 29 de leg. 1, 3: in fraudem facit, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit oder qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem in c. 5 de leg. 1, 14."

94 Barthelmes 12–14; Derksen hfst 5 vn 94. Kyk ook vn 93 hierbo; Neff 19 24–25. Pfaff 86–89 se standpunt stem in breë trekke hiermee ooreen.

95 Derksen hfst 11 par 2.9; hfst 13 par 2.3 4.2 4.3 4.5. Die moontlike betekenis van 'n woord is die totaal van betekenisse wat die woord het volgens die spraakgebruik van die gemeenskap wat die woord gebruik. Dit is dus die totaal van alle betekenisse wat in 'n ideale woordeboek van die betrokke taal tav die woord aangedui sou wees. Bv: Mans val nie binne die moontlike woordbetekenis van die woord "vrouens" nie en omgekeerd (kyk Derksen hfst 13 par 2).

96 Kyk vn 93 en 94 hierbo.

97 Neff 18 se gevolgtrekking kom ook hierop neer (kyk verder *idem* 19).

98 Kyk Derksen hfst 13 par 3.1 3.2 3.5.

9 REGSGEVOLGE WAT DIE "*FRAUS LEGIS*-REËL" VOORSKRYF

9 1 Inleiding

Volgens Barthelmes[99] en Pfaff[100] tree een van twee moontlike regsgevolge in wanneer 'n handeling *in fraudem legis* verrig is, dit wil sê waar die "*fraus legis*-reël" van toepassing is.

9 2 Regsgevolge deur die wet voorgeskryf

Die eerste moontlikheid (wat volgens hulle die meeste voorkom) is dat dieselfde regsgevolge intree as wat sou ingetree het as die betrokke wet wel van toepassing was. Waar die regsgevolg wat intree indien die wet van toepassing was byvoorbeeld die nietigheid van 'n kontrak of die oplegging van 'n straf is, tree daardie gevolg ook in waar die "*fraus legis*-reël" van toepassing is.[101]

Die uitwerking van Pfaff en Barthelmes se beskouing kan aan die hand van die volgende voorbeeld verduidelik word:

'n Wet het bepaal dat, waar 'n legaat 'n voorwaarde bevat dat die begiftigde ongetroud moet wees ten einde dit te kan ontvang, sodanige voorwaarde beskou moet word asof dit nooit ingevoeg was nie. 'n Legaat bevat nou 'n voorwaarde dat die legataris dit slegs mag ontvang "indien sy nie in Aricia trou nie". In die Romeinse reg is bevind dat indien dit vir die legataris moeilik sou wees om elders as in Aricia 'n man te kry, die regsgevolg wat intree is dat die voorwaarde beskou moet word asof dit nooit ingevoeg was nie.[102] Volgens Barthelmes en Pfaff sou daardie regsgevolg egter ingetree het omrede die vereistes van die "*fraus legis*-reël" aanwesig was. Volgens hulle beskouing was die wet self met ander woorde nie op die feitestel van toepassing nie.

Neff het egter aangedui dat die wet, soos uitgelê, wel op die feitestel van toepassing was. Die voorwaarde is dus as nietig beskou omdat die wet self daardie regsgevolg voorgeskryf het en nie omdat 'n selfstandige "*fraus legis*-regsreël" van toepassing was nie.[103]

Nòg volgens Pfaff en Barthelmes se beskouing, nòg volgens Neff se beskouing was die regsposisie egter dat "enige handeling *in fraudem legis* nietig is".[104]

9 3 Oplegging van straf

Die tweede moontlikheid is dat die regsgevolge wat intree waar die "*fraus legis*-reël" van toepassing is nie dieselfde is as dié wat sou ingetree het indien die wet wel van toepassing was nie.[105] Die feit dat daar 'n verskil is, kom volgens Pfaff neer op 'n straf. Die rede waarom so 'n straf opgelê sou word, is die feit dat 'n handeling *in fraudem legis* "'n besonder gevaarlike soort handeling in stryd met die wet is." Die straf is verder ook "'n poging om daardie soort optrede deur middel van 'n afskrikmiddel te voorkom".[106]

---

99 23.
100 166–167.
101 Pfaff 166–167; Barthelmes 23–26.
102 Kyk die bespreking van *D* 35 1 64 in par 7 4 3 3 hierbo. Barthelmes vermeld dit op 25–26.
103 Kyk die bespreking van *D* 35 1 64 in par 7 4 3 3 hierbo.
104 Daardie indruk word geskep in die uitspraak van Wessels R in die Transvaalse provinsiale afdeling gerapporteer in die *Dadoo*-saak hierbo 534.
105 Pfaff 167; Barthelmes 26–27.
106 Pfaff 167.

As voorbeeld van so 'n geval meld Barthelmes[107] en Pfaff[108] *D* 34 9 11. In daardie teks is aangedui dat 'n erfgenaam wat 'n *fideicommissum tacitum* aangaan sekere regte verloor wat hy andersins sou gehad het. Hierdie verlies aan regte skryf hulle toe aan die feit dat die aangaan van 'n *fideicommissum tacitum* 'n handeling *in fraudem legis* is. Neff dui egter aan dat die verlies aan regte bloot toe te skryf was aan die feit dat die betrokke wet bepaal het dat die erfgenaam die regte sal verloor by die aangaan van die betrokke *fideicommissum*.[109] Daar kan dus nie sprake wees van 'n straf wat ingevolge 'n selfstandige "*fraus legis*-reël" opgelê word nie.

10 *FRAUS LEGIS* AS SELFSTANDIGE REGSREËL

10 1 Feitelike vereistes

Indien beweer word dat die uitdrukking *fraus legis* in die Romeinse reg 'n benaming vir 'n regsreël was, sal bewys moet kan word wat die feitelike vereistes is wat die reël stel vir die inwerkingtreding van die regsgevolge wat dit voorskryf.[110] Die voorstanders van die reël voer aan dat die verrigting van 'n handeling met die bedoeling om die wet te vermy sodanige vereiste is.[111] Daar is egter oortuigend bewys dat 'n bedoeling om die wet te vermy in die Romeinse reg irrelevant was.[112] Gevolglik kon dit ook nie 'n vereiste van 'n regsreël gewees het nie.

Aangesien 'n vereiste van die beweerde regsreël dus nie bestaan het nie, kon die beweerde regsreël ook nie bestaan het nie.

10 2 Regsgevolge

Verder kan daar slegs sprake van 'n regsreël wees indien aangedui kan word wat die regsgevolge is wat intree indien daar aan die feitelike vereistes wat die reël stel, voldoen is.[113] Geen regsgevolge anders as dié wat deur die betrokke wet self voorgeskryf word, het egter ingetree waar daar *fraus legis* was nie.[114] Ook om dié rede is die bestaan van 'n selfstandige regsreël dus nie bewys nie.

10 3 Betekenis van die drie belangrike *fraus legis*-tekste

Barthelmes en Pfaff steun albei hoofsaaklik op *D* 1 3 29, *D* 1 3 30 en *C* 1 14 5 vir hul standpunt dat *fraus legis* die benaming vir 'n regsreël is.[115] Inderdaad beweer hulle dat daardie tekste 'n "definisie" van *fraus legis* bevat.[116] Ander skrywers het die agtergrond tot en die inhoud van daardie tekste egter ook ontleed. Daaruit blyk dat dit nie die doel van die skrywers van die tekste was om 'n regsreël te formuleer nie:

---

107 27.
108 167.
109 Kyk Neff 30–34 37–39. Uit Neff se ondersoek van ander tekste blyk ook dat die regsgevolge wat intree in gevalle waar die feitestel as *in fraudem legis* beskryf is bloot dié is wat die wet self voorskryf (kyk par 7 4 3 2 hierbo).
110 Kyk vn 13 hierbo mbt die aard van 'n regsreël.
111 Kyk par 3 1 en 7 hierbo.
112 Kyk par 7 4 hierbo.
113 Kyk vn 13 hierbo.
114 Kyk par 9 hierbo.
115 Kyk par 1 en vn 7 hierbo.
116 Pfaff 132–133; Barthelmes 3; Neff 19–23.

10 3 1 D *1 3 29*

Hierdie teks lui soos volg:

> "Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit."

In dié verband sê Neff[117] dat hierdie stelling van Paulus uit die *Liber singularis ad legem Cinciam* kom. Paulus het die stelling waarskynlik gemaak by die behandeling van 'n feitestel waar *fraus legis* ten aansien van die *Lex Cincia* voorhande was. Hy wou egter op verre na nie daardeur 'n definisie van *fraus legis* gee nie. Hy wou ook nie daardeur 'n selfstandige regsinstelling, soos deur Barthelmes en Pfaff verstaan, daarstel nie.

Ondersteuning vir hierdie beskouing is die feit dat Paulus in die teks nie meld wat die regsgevolge van *fraus legis* is nie. Indien hy in die teks 'n algemene gedagte wou uitspreek, sou hy nie versuim het om dit te doen nie. Indien hy wél die regsgevolge vermeld het, sou die kompilatore daardie vermelding beslis nie weggelaat het nie.

Hoffmann[118] se analise van *D* 1 3 29 stem met die voorgaande ooreen.

10 3 2 D *1 3 30*

Hierdie teks lui soos volg:

> "Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat rheton apo dianoias, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit."

In dié verband sê Neff[119] dat hierdie stelling van Ulpianus in die vierde boek van sy ediktekommentaar staan. Dit hou (volgens Lenel) verband met die titel "De pactis et conventionibus". Moontlik het die volgende fragment uit dieselfde boek Ulpianus se stelling voorafgegaan:

> "Ait praetor: 'Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges . . . neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.'" ("The praetor says: 'I will require the observance of agreements which have not been entered into maliciously or contrary to the laws . . . where no *fraus* appears in any of them.'")[120]

Dit is hoogs waarskynlik dat Ulpianus se stelling die voormelde woorde van die *praetor* nader wil toelig. Aangesien daar in die edik self aangedui word wat die regsgevolge van die handeling *in fraudem legis* is, is dit duidelik waarom Ulpianus in sy stelling nie die regsgevolge vermeld nie.

Die verband tussen Ulpianus se stelling en die woorde van die edik werp ook lig op die oorspronklike betekenis van Ulpianus se stelling: Dit wil nie soorte wetsoorskrydings in die algemeen behandel nie, maar slegs *ooreenkomste* wat in stryd met 'n wet is. Deurdat die kompilatore die stelling uit sy samehang geneem het en in die titel van die *Digesta* geplaas het wat oor wette handel, is 'n algemene betekenis daaraan gegee wat dit nie toekom nie. Die voorgaande afleiding word bevestig deur die onsorgvuldige formulering wat Ulpianus vir sy oppervlakkige gedagte gekies het.

Hoffmann[121] se analise van *D* 1 3 30 stem met die voorgaande ooreen.

---

117 22.
118 21.
119 22–23.
120 Kyk *D* 2 14 7 7 (Scott se vertaling).
121 21.

10 3 3 C 1 14 5

Hierdie teks lui soos volg:

> "Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat."

Hierdie was 'n stelling van keisers Theodosius en Valentinianus. Neff[122] sê die volgende ten aansien daarvan. In die eerste sin word in die algemeen vermeld dat daar in stryd met die wet opgetree word indien iemand in stryd met die wil van die wet optree hoewel hy aan die woorde daarvan voldoen. Die woord *fraus* kom nie hier voor nie. In die tweede sin word dieselfde gedagte herhaal. Hier kom die terme *sententia legis*, *verba* en *fraudulenter* voor.

Die inhoud van hierdie *Codex*-teks stem in wese ooreen met die inhoud van *D* 1 3 29 en *D* 1 3 30. Die formulering daarvan is egter opvallend. Paulus en Ulpianus praat in die eerste plek van *fraus legis*. Die keisers, daarenteen, noem dieselfde gedagte in die eerste deel van hulle stelling 'n optrede in stryd met die wet (*in legem committere*). Die woord *fraus* kom nie in hierdie formulering voor nie. In die tweede deel word die woord *fraudulenter* gebruik wanneer die regsgevolge bespreek word. Die indruk word egter nie gelaat dat dit 'n tegniese term is nie. Indien *fraus legis* 'n selfstandige regsinstelling was wat in 'n wet geskep moes word, sou die keisers skaars kon versuim het om die uitdrukking *fraus legis* te gebruik.

Die woorde "non dubium est" dui ook aan dat die keisers hulle stelling as iets heel vanselfsprekends beskou het. Hulle wou slegs besondere nadruk daarop lê dat die betekenis (*sententia*) van die wet, en nie die woorde nie, tot gelding moet kom. Dit is verdere bewys van die feit dat hulle nie *fraus legis* as 'n selfstandige regsinstelling beskou het nie.

Soos reeds in paragraaf 8 1 hierbo aangedui is, word daar met 'n optrede "in stryd met die wet" bloot bedoel dat die wet van toepassing is aangesien daar aan sy vereistes voldoen is.

Hoffmann[123] se analise van *C* 1 14 5 stem met die voorgaande ooreen.[124]

10 4 Onlogies

Dit skyn onlogies te wees dat een regsreël moet bepaal wat die werking van 'n ander regsreël sal wees. Wat wel logies is, is dat een of meer uitleghulpmiddel(e) as aanduidings kan dien van wat die werklike inhoud van 'n betrokke regsreël is.[125]

10 5 Werklike betekenis

Elders is aangedui dat daar oortuigend bewys is dat die uitdrukking *fraus legis* in die Romeinse reg aangewend is as aanduidend van 'n sekere benadering tot wetsuitleg.[126] Daardie gevolgtrekking sluit outomaties uit dat *fraus legis* die benaming vir 'n regsreël was.[127]

---

122 23.

123 22.

124 Kyk ook Derksen hfst 11 vn 35 ivm die betekenis van *C* 1 14 5.

125 Kyk vn 13 hierbo mbt die aard van 'n regsreël.

126 Kyk Derksen hfst 11 par 2.

127 Die hulpmiddele by wetsuitleg is nie regsreëls nie (kyk Derksen hfst 4 par 3). In Derksen hfst 11 par 2.4 word aangedui dat die uitdrukking in die Romeinse reg moontlik *ook* aangewend is om op die beginsel te wys waarvolgens daar nie aan skynverwekkings gevolg gegee mag word nie. Die feit dat die uitdrukking ook so aangewend is, skep egter geen teenstrydigheid nie.

11 DIE "*FRAUS LEGIS*-REËL" EN WETSUITLEG

Indien die vereiste dat 'n handeling verrig moet gewees het met die bedoeling om die wet te vermy, geïgnoreer sou word, kom die "*fraus legis*-reël" neer op 'n benadering tot wetsuitleg

- waarvolgens daar in 'n gepaste geval 'n betekenis aan 'n wet gegee kan word wat nie binne die moontlike betekenis[128] van die woorde van die wet val nie; en
- waarby die beginsel van die wet (*ratio legis*) 'n belangrike rol speel wanneer so 'n betekenis aan die wet gegee word.[129]

12 GEVOLGTREKKING

Uit hoofde van die voorgaande word aan die hand gedoen dat daar geen "*fraus legis*-reël" soos dié wat deur Pfaff en Barthelmes voorgestaan word en in die hedendaagse Nederlandse reg bestaan, in die Romeinse reg bestaan het nie.

Die "*fraus legis*-reël" is 'n poging om 'n grondslag te bied waarop die regsgevolge wat die wet voorskryf in 'n geval waar die wet "vermy" is,[130] wel (of, in die geval van 'n bepaling wat vir die onderdaan voordelig is, nie) moet intree. Daardie grondslag is egter uit 'n regsteoretiese oogpunt onaanvaarbaar. Die rede vir die onaanvaarbaarheid is dat wanneer daar bepaal word of die regsgevolge wat 'n wet voorskryf in werking moet tree, dit irrelevant is of 'n handeling verrig is met die bedoeling om die wet te vermy al dan nie.[131]

Pfaff en Barthelmes se teorie, en die kritiek daarop, het geleer dat die volgende 'n aanvaarbare grondslag bied waarop die regsgevolge wat die wet voorskryf wel (of, na gelang die geval, nie) moet intree:

Daar moet, by wyse van wetsuitleg, 'n betekenis aan die wet gegee word waarkragtens die wet wel (of, na gelang die geval, nie) op die feitestel van toepassing sal wees, al val daardie betekenis buite die moontlike betekenis van die woorde van die wet. Die beginsel van die wet (*ratio legis*) speel 'n belangrike rol by die bepaling van daardie betekenis.[132]

---

128 Kyk vn 95 hierbo.
129 Kyk Derksen hfst 13 par 3.5.
130 Kyk Derksen hfst 1 par 2 vir 'n formulering van die vraagstuk wat werklik ter sprake is wanneer daar van "vermyding" gepraat word (kyk ook par 7 aldaar).
131 Kyk par 7 6 hierbo; kyk ook par 10 4 hierbo.
132 Kyk veral par 8 en 11 hierbo.

Ou Testamentiese geregtigheid in Westerse regsperspektief – 'n verkennende eksistensiële vergelyking

Lourens M du Plessis
B Jur et Comm B Phil LLD
Professor in die Publiekreg, Universiteit van Stellenbosch

SUMMARY

Old-Testament justice in Western legal perspective: an exploratory existential comparison

The first section of this article focuses on and analyses Old-Testament concepts of law and justice. It is shown that law as "rightness" or "correctness" always serves as a precondition to the prevalence of justice in society. Justice or righteousness as such is closely linked up with the covenantal relationship between God and the individual as well as God and his people.

The second section of the article deals with the practice of law and justice as described (and required) in the Old Testament, the object being an existential comparison, which follows in the third section where law and justice as social phenomena in Ancient Israel are compared with the kind of law and justice characteristic of present-day Occidental societies. This is done from a late twentieth-century (Western) perspective.

It is concluded that Old-Testament concepts and practices of law and justice show marked dissimilarities but also striking similarities to present-day Western notions and practices.

Authors like Giorgio Del Vecchio and Julius Stone who allege that Ancient Hebraism has had a profound influence on the Western legal tradition are therefore most probably correct.

1 INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

Volgens Matthew Arnold[1] skiet die Westerse beskawing wortel in twee kulturele groeibodems, die Hellenisme en die Hebraïsme, en dit word gevolglik deur sowel "dinkkrag" as "doenkrag" gekenmerk:[2]

> "The uppermost idea with Hellenism is to see things as they really are; the uppermost idea with Hebraism is conduct and obedience."

Sekere regsgeleerdes aanvaar ook dat gangbare Westerse opvattings van reg en geregtigheid bepalend deur sowel die antiek Griekse as die Ou Joodse beskawingstradisies beïnvloed is.[3] Die invloed van die eerste tradisie word geredelik aanvaar. Die invloed van die tweede is vir die deursnee Suid-Afrikaanse juris nie so vanselfsprekend nie.

---

1 *Culture and anarchy* (1932) 129. Hierdie werk is vir die eerste keer in 1869 gepubliseer.
2 130–131.
3 Vgl bv Del Vecchio *Justice: an historical and philosophical essay* (1952) 5–6; Stone *Human law and human justice* (1965) 9 18–30.

In die eerste afdeling van hierdie artikel word die woorde en konsepte wat in verband met reg en geregtigheid in die Ou Testament gebruik word, ontleed en word 'n voorlopige gevolgtrekking gemaak. In die tweede afdeling word die konkreet-praktiese vorme wat veral sosiale geregtigheid (óók as institusionele geregtigheid) in Ou Israel aangeneem het, ondersoek. In die derde afdeling word 'n eksistensiële vergelyking – vanuit 'n laat twintigste eeuse Westerse regsperspektief – getrek, ten einde moontlike invloede van die ou Hebraïstiese tradisie op eietyds Westerse regs- en samelewingskonsepte te probeer peil.

Die kernvraag is dus: *Wat in die Ou Testamentiese siening van reg en geregtigheid stem ooreen en wat verskil met wat vandag nog in die algemeen in Westerse regskulture as reg en regverdig aangemerk word, en wat is die (eietydse) betekenis van hierdie ooreenkomste en verskille*?

AFDELING I

2 ENKELE TERMINOLOGIESE EN TEGNIESE KWESSIES

2 1 Die woord "geregtigheid" kan in Afrikaans, net soos "gerechtigheid" in Nederlands en "Gerechtigkeit" in Duits, besonder betekenisruim wees.[4] In sowel die spreektaal as in die Bybel, veral die Ou Testament, word dit wat "in orde" (dit wil sê reg, gepas of wettig) is, in dieselfde asem as dit wat regverdig is, genoem — vandaar die begrippepaar "reg en geregtigheid":[5]

> "In the phrase 'law and justice' *justice* (G2) usually refers to an encompassing state of being 'good' and upright, while *law* (G1) denotes the proper conditions on which the said 'goodness' or uprightness prevail."

Die simbole G1 en G2 word verderaan gebruik in die betekenis soos uit die aanhaling hierbo blyk. G1 kan betrekking hê op die bevordering van die algemene welwese van medemense deur goed aan hulle te doen. Dit is *sosiale geregtigheid* in die ruim sin van die woord. Vir sover sulke optrede langs geskikte menslike instellings gekanaliseer word, is dit *institusionele geregtigheid*.[6]

G2 dui op 'n algemeen-etiese of -religieuse lewenshouding of -instelling. In die Ou Testament is "geregtigheid" veelal G2 – ook wanneer na geregtigheid as 'n "eienskap" of gawe van God verwys word. G2 word ook in Afrikaans in tegnies-wysgerige en -teologiese sin gebruik.[7]

2 2 Daar word veral in Afdeling 1 (óók) etimologies te werk gegaan. Etimologie is egter slegs 'n hulpmiddel om via woordbetekenisse toegang tot die Ou Israelitiese samelewingskonteks te kry: die woord staan in diens van die konteks en nie andersom nie. 'n Mens moet jou dus nie op woorde blindstaar nie.

---

4 Dieselfde geld tov die byvoeglike naamwoordsvorme. Sien ook Du Plessis *Die juridiese relevansie van Christelike geregtigheid* (LLD-proefskrif PU vir CHO 1978) 158–159 vn 3 660–663 asook "Justice or judgment? The Biblical concept of social justice applied in Southern Africa" Junie 1986 *Orientation: International Circular of the Potchefstroom University for Christian Higher Education* 1–2.

5 Du Plessis Junie 1986 *Orientation* 2.

6 Du Plessis *Juridiese relevansie* 660–662 746–797.

7 In Engels is G2 soms *righteousness* – óók in die Engelse vertaling van die Ou Testament. Rooy "Righteousness and justice" in *Justice in the international economic order: proceedings of the second international conference of reformed institutions for Christian higher education* betoog mi tereg dat daar nie werklik goeie etimologiese of teologiese gronde bestaan waarom *righteousness* en *justice* uit mekaar gehou hoef te word nie.

2 3 Waar Bybeltekste in Afrikaans aangehaal word, word die direkter en letterliker 1933-vertaling van *Die Bybel* (soos in 1953 hersien) (OAV) by voorkeur gebruik. Waar dit egter betekenisverhelderend kan wees, word óók (of slegs) na die dinamieser ekwivalent in die 1983-vertaling (NAV) verwys.

3 REG EN SAMELEWING: OU EN NUWE TESTAMENT

> "[I]n order to properly understand and interpret the concept of law in any given society, reference must constantly be made to the total framework and overall *Weltanschauung* which that society has evolved. Law then must be seen as an integral part of the entire structural complex of the society under study."[8]

Ou Testamentiese reg en geregtigheid moet teen die agtergrond van die Ou Israelitiese samelewing verstaan word. Daardie samelewing was nie 'n statiese grootheid nie, maar sekere kenmerke daarvan was relatief blywend.

Wanneer 'n moderne Westerling deur 'n reg en geregtigheidsbril na Ou Israel kyk, geld veral een *caveat*: hy of sy moet nie voor die versoeking swig om daardie samelewing as (deur byvoorbeeld 'n Neo-Calvinistiese bril) òf modaal òf sosiaal-institusioneel gedifferensieerd te beskou nie.[9] Van Selms merk tereg op:[10]

> "Die leer van 'soewereiniteit in eie kring' en van die 'wetskringe' is meer tuis in Amsterdam as in Jerusalem – ek bedoel natuurlik die Amsterdam van Kuyper en die Jerusalem van Jesaja."

Reg en moraal en godsdiens (of kerk en staat en gesin) word nie as eiestandige sfere van mekaar onderskei en "uit mekaar gehou" nie. Regsnorme, morele norme en godsdiensnorme word ook almal, ongedifferensieerd, as deel van een en dieselfde voorskriftekompleks, hanteer. Daarbenewens staan die volk, veral in godsdienstige sin (bedoelende: "die uitverkore volk van God"), in die sosiale werklikheid van die Ou Testament sentraal.

4 DIE BEGRIPPEPAAR REG EN GEREGTIGHEID: *SH-P-T* EN *TS-D-Q*

In die Ou Testament word die *sh-p-t*-woordstam vir G1 en die *ts-d-q*-woordstam vir G2 gebruik. Hulle word ook dikwels as begrippepaar aangewend.

Om reg en geregtigheid (G1 en G2) te doen, is die taak van die koning.[11] 'n Koning wat wel reg en geregtigheid doen, is 'n gawe van *Jahwê*[12] aan sy volk.[13] Salomo vra na sy troonbestyging van *Jahwê* " 'n opmerksame hart" om "reg te spreek" oor die volk en "goed en kwaad te onderskei".[14]

Jahwê self doen reg en geregtigheid (G1 en G2),[15] en so ook 'n goeie of regskape mens ('n "nie-goddelose") in 'n algemeen-etiese sin.[16] Dit is belangrik om, voordat hulle afsonderlik ontleed word, te weet dat G1 en G2 dikwels as woordpaar gebruik word.

---

8 Paul *Studies in the book of the covenant in the light of cuneiform and Biblical law* (1970) 1.

9 Du Plessis *Juridiese relevansie* 164.

10 "Geregtigheid as 'n Bybelse begrip" 1947–48 *Hervormde Teologiese Studies* 152.

11 Spr 16:12. Hier is egter geen eksplisiete verwysing na G1 nie.

12 Die HERE, die God van die Verbond.

13 2 Sam 8:15; 1 Kon 10:9b. In 1 Kon 10:9b sê die koningin van Skeba aan Salomo: "Omdat die HERE Israel vir ewig liefhet, het Hy u as koning aangestel om reg [G1] en geregtigheid [G2] te doen" (OAV).

14 1 Kon 3:9. Hierdie siening van die koning as regspreker by uitnemendheid en die bestendiger van 'n regsbedeling, is tipies Ou Oosters: Gemser *et al* (reds) *Die Bybel met verklarende aantekeninge I* (1958) 715.

15 Jer 9:24.

16 Eseg 33:19.

5 G1: DIE *SH-P-T*-WOORDSTAM

5 1 Grondbetekenis

In Jeremia 30:18 sê *Jahwê* dat wanneer Hy die stad van Jakob sal herbou, die paleis "op sy regte plek" (OAV) of "waar hy hoort" (NAV) sal staan, en *mishpat* word vir "regte plek" gebruik.[17] Die grondbetekenis van die *sh-p-t*-woordstam, naamlik "korrektheid", "in orde wees" of "soos dit hoort", kom hierin treffend na vore. In die teksverband word egter ook "herstel" geïmpliseer.[18] *Sh-p-t* word as selfstandige naamwoord en byvoeglike naamwoord op 498 plekke in die Ou Testament gebruik.

5 2 Wette of verordeninge

Psalm 19:10 (OAV) lui:

> "[D]ie verordeninge [*mishpatîm*] van die HERE is waarheid – tesame is hulle regverdig [*ts-d-q*]." ("Verordeninge" is in die NAV "bepalings".)

Hier is "wette" of "verordeninge" wat dikwels in die Ou Testament as *sh-p-t* aangedui word,[19] meteen ook *ts-d-q*[20] – G1 en G2 loop dus weer parallel. 'n Wet of verordening moet natuurlik ook reg (G1) wees om regverdig te kan wees. Gehoorsaamheid aan *Jahwê* se *mishpatîm* (G1) is eweneens *ts-d-q* (G2).

5 3 Regspraak, die regter en die rigter

G1 as "*sh-p-t* ('rig' of 'oordeel' of 'regspraak') tussen X en Y", is op 'n hele aantal plekke in die Ou Testament treffend-tekenend van die eiesoortige Ou Israelitiese en Ou Naby Oosterse regspraak.[21] Hierdie verwysings is van deurslaggewende belang, want "aktiewe" regspraak geniet in die Ou Israelitiese "regspraktyk" voorrang bo "statiese" wetgewing.[22]

Indien X en Y in geskil met mekaar tree, gryp 'n derde, die regter, in en herstel die vrede (*shaloom*) tussen hulle, en só ook die versteurde orde in die gemeenskap.[23] Die regter kan ook *Jahwê* self wees.[24] Sarai sê byvoorbeeld vir Abram oor die Hagar-kwessie (Genesis 16:5b):

> "Laat die HERE oordeel tussen my en jou" (OAV).
> "Mag die Here die saak tussen my en jou uitwys" (NAV).

Let daarop dat Sarai wat hier meen dat sy veronreg is, haar op die aktiewe ingrype van die regter beroep. Hierdie *modus operandi* is die gebruiklike.

---

17 *Mishpat* is oa ook 'n sleutelwoord in die Ou Testamentiese juridiese begrippe-apparatuur – sien 5 4 hieronder.

18 Dit illustreer die grondbetekenis van *richten*, dit wil sê "in orde stel" of "régmaak" of andersins "rig" of "oordeel", wat Liedke (*sh-p-t* in Jenni en Westermann (reds) *Theologisches Handwörterbuch zum Alten Testament II* (1976) 999–1009) as grondbetekenis van *sh-p-t* aandui.

19 Dronkert "Rechtvaardig" in Grosheide en Van Itterson (reds) *Christelijke Encyclopedie V* (1960) 587 en Eybers "The stem sh-p-t in the Psalms" in OTWSA *Studies on the Psalms* (1963) 60.

20 Vgl ook Ps 119:7 106.

21 Gen 31:53; Eks 18:16; Num 35:24; Rig 11:27; 1 Sam 24:13 16a; Jes 2:4 5:3; Eseg 34:20 22.

22 Du Plessis *Juridiese relevansie* 164–165.

23 Liedke *sh-p-t* 1001.

24 In Deut 1:17 sê *Jahwê* oa vir die regters van die volk dat hulle sake wat te moeilik vir hulle is, vir verhoor na Hom toe moet bring.

In Deuteronomium 1:16 word die grondslag waarop die Ou Israelitiese regspraak berus, só verwoord:

> "Ek het in dié tyd aan julle regters bevel gegee en gesê: Neem julle broers in verhoor en oordeel regverdig [*tsaddiq* – dws G2] tussen 'n man en sy broer en die vreemdeling wat by hom is" (OAV).

Hierby drie opmerkings:

- Regte (*sh-p-t* of G1) regspraak is meteen ook regverdig (*ts-d-q* of G2), en
- in Deuteronomium 1:17 word dit ook as onpartydig of objektief gekwalifiseer – om die dinamieser NAV-weergawe aan te haal:

  > "Moenie partydig wees as julle 'n saak verhoor nie, luister na klein en groot. Moenie vir mense bang wees nie. Wie regspreek, is in diens van God." (Die OAV vertaal die laaste sin as: "[D]ie gereg is die saak van God.")

- Omdat "die gereg . . . die saak van God" is, is regverdige regspraak ook *regspraak volgens die norme deur Hom neergelê – daar is dus 'n noue verband tussen regspraak en die Tôrah.*[25]

In Deuteronomium 25:1–3 word die "oordeel tussen X en Y"-formule op die bepaling van lyfstraf betrek. Indien X onskuldig (letterlik: "regverdig", dit wil sê *ts-d-q* of G2) verklaar word en Y skuldig, moet Y in die teenwoordigheid van die regter "soveel houe kry as wat hy verdien".[26] Maar dan 'n veelseggende kwalifikasie:

> "Hy mag nie meer as veertig houe kry nie, want as hy meer as dit kry, word jou volksgenoot verkleineer" (NAV).

Regspraak en 'n regverdige vonnis is nie bedoel om die skuldige 'n finale nekslag toe te dien nie.

In 'n G1 (dit wil sê *sh-p-t-*) sin van die woord kan X, die veronregte, hom/haar vir régte en regverdige regspraak op *Jahwê* beroep: Hy, die regter, is meteen ook *regverskaffer*.[27] In 1 Samuel 24:16 sê Dawid byvoorbeeld vir Saul (volgens die OAV):

> "Maar die HERE sal regter wees en oordeel tussen my en u. Ja, mag Hy toesien en my saak verdedig en aan my reg verskaf teenoor u."

En in Klaagliedere 3:59 beroep Jeremia hom só op *Jahwê*:

> "U sien, HERE, my verdrukking; verskaf my tog reg" (OAV).
> "U sien die onreg teen my, Here, lewer tog uitspraak in my guns" (NAV).

Die "verskaf/doen aan my reg"-formule kom ook veelal in die Psalms voor.[28]

"Verskaf aan my reg" beteken ook, in die ruim sin van die woord, "red my". "Redder" en "rigter" (na laasgenoemde word in *sh-p-t-* terme as *shofet* verwys) is dikwels sinonieme.[29] Hierby twee opmerkings:

- As *sh-p-t*-woord het "rigter" (*shofet*) 'n primêr regterlike betekenis: die r*i*gter is 'n r*e*gter soos hierbo beskryf. Omdat sy regterlike handelinge tegelyk reddingshandelinge is, verruim die G1 betekeniskonnotasie van rigter in so 'n mate dat *shofet* (in byvoorbeeld die boek Rigters) ook die ampstitel vir politieke en militêre leiers is.[30]

---

25 Sien ook 7 2 hieronder.
26 Sien ook 6 3 2 2 hieronder.
27 Liedke *sh-p-t* 1001–1002. Die *sh-p-t* woord wat gebruik word, is *shofteni*.
28 Sien bv Ps 7:9 26:1 35:24 43:1; sien ook Eks 5:21; Rig 11:27b; 1 Sam 24:13.
29 Liedke *sh-p-t* 1002; sien Rig 2:16–19 3:9 15; 2 Sam 7:11 en Ob 1:2.
30 Fensham "The judges in ancient Israelite jurisprudence" in OTWSA *Papers read at the second meeting* (1959) 15–22; Liedke *sh-p-t* 1003–1004.

- Die regter-as-redder het 'n besondere verantwoordelikheid teenoor die swakkeres in die samelewing, die veronregtes, die verdruktes en die "geregtigheidsbehoeftiges".[31] Die Messias-as-redder se handelinge word dikwels as G1 beskryf: hy doen naas geregtigheid (G2) ook reg (G1).[32]

Om reg te spreek, reg te verskaf en te red het op die daarstel en handhaaf van durende gemeenskapsvrede betrekking. Daarom is dit by uitnemendheid die koning se taak om te rig[33] en word *Jahwê* se "rigtende bedrywighede" (G1) met sy geregtigheid (G2) vereenselwig.[34] G1 (régte) regering, lê dus die grondslag vir geregtigheid (G2). En dit is presies hoe daar op verskeie plekke in die Ou Testament profeties verwys word na die (komende) Messiaanse samelewing as een wat rég regeer sal word.[35]

5 4 Reg: *mishpat*

Mishpat dank sy verskeidenheid betekenisse regstreeks aan die eiesoortige aard van die Ou Israelitiese regskultuur en politieke instellings. Dit is moeilik om hierdie betekenisskakeringe beskrywend in moderne Westerse regsterme weer te gee.[36] *Mishpat* kan in Afrikaans as "reg" of "die reg" vertaal word, maar dit beteken ook "beslissing",[37] "insetting",[38] "strafgereg"[39] of "oordeel".[40] Omdat bepaaldelik *mishpat* (as G1) dikwels saam met 'n *ts-d-q*-woord (G2) as deel van die begrippepaar "reg en geregtigheid" gebruik word, kom Liedke[41] tot die gevolgtrekking dat *Bereich*, dit wil sê "gebied" of "sfeer", die eintlike (grond-) betekenis van *mishpat* is.[42] Ek gaan akkoord met Liedke mits *Bereich* as "*korrekte/regte* gebied of sfeer" verstaan word. Liedke aanvaar hierdie kwalifikasie ten minste by implikasie want, sê hy, "*mishpat* als Bereich meint dabei, das was einem zukommt". Wat kan 'n mens alles toekom?

5 4 1 Eerstens 'n "aanspraak", 'n "eis" of 'n "vereiste".[43]

---

31 Ziesler *The meaning of righteousness in Paul* (1972) 17 stel dit treffend só: "Again, for both human and divine justice, mishpat meant much more than the passing of a sentence, as did also the associated terms tsedeq and tsedaqah. They could mean the vindicating of the falsely accused and the downtrodden, the rescue of the oppressed (hence the close connection with salvation), as well as the punishment of the wicked. To 'judge the fatherless' is not to condemn him, but to see that he gets his rights, and when the Psalmist asks God to judge him, it is a cry for help (Ps. 7.8; 26.1; 35.24; 43.1). The Judges in the pre-monarchy period are men who by military means help Israel to achieve justice – almost in the sense of civil rights. This means that the judge exercised 'a positive energy on the side of the right', that his task was nothing less than the maintenance of the community, and that his righteousness consisted in his will and power to maintain the covenant. He did this not only by curbing the actions of those who transgressed the proper limits, but also by giving support to those who needed it."

32 Daar word in 6 4 hieronder vollediger op hierdie aangeleentheid teruggekom.

33 1 Sam 8:5 20.

34 Ps 82:8 96:13 98:8.

35 Sien 6 4 hieronder; vgl ook Du Plessis *Juridiese relevansie* 189.

36 Uys *Reg en geregtigheid aan die minder bevoorregtes in die boek Spreuke* (1967) 32.

37 Eks 28:15.

38 Num 27:11.

39 Jes 4:4 28:6 30:18; Eseg 23:24.

40 Hos 5:11 10:4.

41 *Sh-p-t* 1005.

42 Sien ook 5 1 hierbo.

43 Jer 5:4 30:18; 1 Kon 6:38.

5 4 2 Tweedens 'n "plig" of "verpligting" – 'n "soos wat dit hoort".[44] Natuurlik kom 'n plig jou nie letterlik toe – in die sin dat jy aanspraak daarop het – nie: dit val jou eerder toe.

5 4 3 Derdens 'n "amp" of "status" kragtens 'n bepaalde rangordening.[45]

5 4 4 Ten slotte, sê Liedke, kan 'n *Richtige* of 'n *Angemessene*, wat 'n mens op Afrikaans as 'n "korrektheid" of 'n "passendheid" kan vertaal, jou ook toekom.[46] *Mishpat* se betekenis is dikwels veel meer as net 'n regsbetekenis. Soms het dit egter slegs 'n regs- ('n mens wil amper sê: strafregtelike) betekenis, en kan dit as "oordeel" – "das Urteil des Gerichts" soos wat Liedke[47] dit noem – of "uitspraak" vertaal word. Hierdie oordeel het altyd die skuldig- of onskuldigbevinding van die party wat verhoor word (die "beskuldigde") tot gevolg.

6 G2: DIE *TS-D-Q*-WOORDSTAM

6 1 Grondbetekenis(se)

As deel van die "sekulêre" Wes-Semitiese taalgoed, beteken *ts-d-q* onder meer die volgende:[48]

- "Waarheid", "weldadigheid" en "aalmoese" – alles terug te herlei na beoordeling of veroordeling deur 'n godheid.
- "Lojaliteit aan 'n koning".
- In eiename is die *ts-d-q-* woordstam 'n verwysing na 'n godheid.
- Die "goeie regering" van sekere gode.
- By die Egiptenare word *ts-d-q* met 'n vaste reëlmaat of orde *as wêreldorde* in verband gebring. Die beeld is ontleen aan die farao's se "konsekwent wees" in die regspraak.

Die *ts-d-q-* woordstam soos in die Ou Testament gebruik word, huisves "van nature" 'n betekenismoment van relasionaliteit (tussen *Jahwê* en mens, en tussen mens en mens). Sodra daar van verhoudings sprake is, speel die reg regstreeks of onregstreeks, afhangend van die soort verhouding, 'n rol. Gevolglik is alle *ts-d-q-* geregtigheidsduidings, hoe betekenisruim hulle ook al mag wees, enigermate juridies van aard.

In sekere gevalle is 'n gegewe verhoudingsituasie egter ooglopender forensies, dit wil sê 'n hof ('n *forum*) en hofaktiwiteite word op die een of ander wyse

- regstreeks daarby betrek (dit kan byvoorbeeld 'n gedingsituasie wees);

---

44 Rig 13:12.

45 Gen 4:13; 1 Kon 5:8; 2 Kon 11:14. In al die gevalle tot dusver het *mishpat* die konnotasie van "op die regte manier", "soos dit (be-) hoort (te wees)" – 'n bepaalde normatiwiteit word maar veronderstel.

46 Eks 26:30; 1 Kon 18:28; Jes 28:25–29. Ek kan nie heeltemal met Liedke saamstem dat dit maar een van die gegewes is wat 'n mens *mishpat*-gewys kan toekom nie. "Korrektheid" of "in orde wees" of "soos dit hoort" is immers die grondbetekenis van die *sh-p-t-* woordstam as sodanig en in die besonder van *mishpat*. Liedke bring dus eintlik nie nog 'n betekenisskakering in die *das was einem zukommt*-konteks met hierdie onderskeiding aan die lig nie; hy bevestig alleen 'n deurslaggewende faset van die grondbetekenis van die besondere woord en van die woordstam waartoe dit behoort.

47 *Sh-p-t* 1005–1006.

48 Koch *ts-d-q* in Jenni en Westermann (reds) *Theologisches Handwörterbuch zum Alten Testament II* (1976) 507–510; Schmid *Gerechtigkeit als Weltordnung* (1968) 13–77.

- of so nie duidelik daardeur geïmpliseer (ander tipiese regsaktiwiteite soos wetgewing, wetsgehoorsaming, kontraksluiting en -onderhouding en selfs ook goeie regering kan byvoorbeeld, meer as een gesamentlik of elkeen afsonderlik, die fokuspunt daarvan wees).

Waar *ts-d-q* in 'n regstreeks of geïmpliseerd forensiese konteks (wat ook sterk politiek of staatkundig gekleurd kan wees) voorkom, klassifiseer ek dit as 'n juridiese verskyningsvorm van die woordstam. Alle ander gevalle is nie-juridies. Hierdie sisteem word bloot planmatigheidshalwe gebruik – en in die wete dat 'n ongedifferensieerde Ou Naby Oosterse samelewing vergelykingsonthalwe met behulp van differensiasiegevoelige moderne Westerse denkgereedskap ontleed moet word.[49]

6 2 Jahwê is *ts-d-q*

6 2 1 In 'n nie-juridiese sin

6 2 1 1 *Sy reddende genade* is op 53 plekke[50] in die Ou Testament *ts-d-q* (G2).[51]

6 2 1 2 *Sy in-die-gelykstelling (vindikasie) en "voorspoedigmaking" van diegene wat syne is* teenoor byvoorbeeld goddeloses, is by 40 geleenthede (moontlik selfs indirek juridies) *ts-d-q* (G2).[52]

6 2 1 3 Sy getroue en betroubare optrede is 12 keer in die Ou Testament – en nie sonder juridiese ondertone nie – *ts-d-q* (G2).[53]

6 2 2 In 'n juridiese sin

6 2 2 1 *Hy is 'n regverdige regter-regspreker en daarom ook 'n regverdige wetgewer* – in die G2 sin van die woord. *Jahwê* se regsprekende en wetgewende geregtigheid hang onlosmaaklik saam: die regverdige regter wat die veronregte in die gelyk stel, is uit die aard van die saak ook 'n regverdige wetgewer.

---

49 Sien ook 3 hierbo.

50 Ziesler *Righteousness* 29. Ek verlaat my hierin verder telkens op die tellings van Ziesler 23–32. Daar kan natuurlik verskil van mening wees of presies elke geval wat hy onder 'n bepaalde hoof tuisbring, inderdaad daaronder tuishoort. Of 'n mens egter heeltemal met hom saamstem of nie, feit van die saak is dat sy tellings ten minste aanduidings is – en dit is goed genoeg vir oorsigdoeleindes.

51 Twee sprekende voorbeelde is die volgende: Jes 51:5: "My oorwinning [*tsedeq*] is naby, my heil trek uit en my arms sal die volke oordeel" (OAV) (vgl ook 51:6). (In die NAV lui die eerste deel: "Die redding wat Ek bring, kom baie gou . . .") Mal 4:2a: "Maar vir julle wat my Naam vrees, sal die son van geregtigheid [*tsedeqah*] opgaan" (OAV). ("Maar vir julle wat eerbied het vir my Naam, sal die son *redding* skyn" (NAV- my beklemtoning).) *Jahwê* se geregtigheid is sy reddingsdaad – Hy bring heil (Koch *ts-d-q* 516–517).

52 Bv: Rig 5:11b (die Lofsang van Debora) (OAV): Hulle "besing . . . die regverdige dade van die HERE, die regverdige dade van sy leiding in Israel" ("regverdige daad" is telkens *tsedaqah*). ("Regverdige dade" word in die NAV met "oorwinning" vertaal.) Ps 129:4 (OAV): "Die HERE is regverdig [*tsaddiq*]: Hy het die toue van die goddelose afgekap." (In die NAV kom duideliker na vore dat die toue/bande van die goddelose die digter gebind het.)

53 Bv: Deut 32:4 (OAV): "Die Rots – volkome is sy werk; want al sy weë is strafgerigte; 'n God van trou en sonder onreg; regverdig [*tsaddiq*] en reg is Hy. ("Rots" as naam vir *Jahwê*, wil sê dat Hy oor onwankelbare vastheid beskik.) Dan 9:7 (OAV): "Aan U, Here, kom geregtigheid [*tsedaqah*] toe, maar aan ons beskaming . . . oor hulle ontrou wat hulle teen U begaan het." (Letterlik lui die beginwoorde: "Vir U, Here, geregtigheid . . ."; vgl ook 9:14.)

Op altesaam 28 plekke in die Ou Testament is *Jahwê* as regspreker en wetgewer *ts-d-q*.[54]

6 2 2 2 *Jahwê se G2 geregtigheid in verhouding tot die/'n mens* is by 3 (veelseggende) geleenthede ooglopend forensies. In elke geval voer 'n menslike party geding met *Jahwê*. Die menslike gedingsparty het telkens op die oog af " 'n goeie saak". Namate die saak vorder, kom hy egter tot die insig (en belydenis) dat *Jahwê* op grond van sy bewese (verbonds-) trou, die heeltyd eintlik in die gelyk (*tsaddiq*) was.[55]

6 3 'n *Ts-d-q*-mens

6 3 1 In 'n nie-juridiese sin

6 3 1 1 *'n "Goeie" (opregte, regskape) mens* kom op nie minder nie as 186 plekke in die Ou Testament *ts-d-q* (G2) voor (met ander woorde in verhouding tot) *Jahwê*.[56]

6 3 1 2 *'n Genadige mens is ts-d-q en weerspieël Jahwê se genade.* Daar is altesaam drie voorbeelde hiervan.[57]

---

54 Van *Jahwê* se regsprekende geregtigheid die volgende twee voorbeelde: Ps 9:5 (OAV): "Want U het my reg en my regsaak behandel; U het gaan sit op die troon, o regverdige regter [*tsedeq*]" (vgl ook 9:9). Jer 11:20 (NAV): "Here, Almagtige, regverdige regter [*tsedeq*], wat hart en verstand toets, laat my sien hoe U op hulle wraak neem, want ek het my saak aan U toevertrou." Sy wetgewende geregtigheid word veral in Ps 119 (ek haal verse 7 en 106 hier aan) besing: "Ek sal U loof in opregtheid van hart as ek u regverdige verordeninge [*tsedeq*] leer" (OAV). " Ek het gesweer, en dit gehou, om U regverdige verordeninge [*tsedeq*] te onderhou" (OAV). In Deut 4:8 vra *Jahwê* self aan die volk, met verwysing na sy wette: "En watter groot nasie is daar wat sulke regverdige [*tsaddiq*] verordeninge het soos hierdie hele wet wat ek julle vandag voorhou?" (OAV).

55 In Eks 9:27 erken die farao bv dat hy en sy volk sonde doen deur Israel nie te wil toelaat om te trek nie – en hy erken vir die eerste keer *Jahwê* as die naam van God (Gemser *Verklarende Bybel* 138): "Die HERE is reg [*tsaddiq*], maar ek en my volk het ongelyk" (OAV). Hierdie erkenning is in skrille teenstelling met sy hooghartigheid in 5:2: "En wie is die Here nogal dat ek na Hom sal luister om Israel te laat gaan? Ek ken die Here nie, en ek sal Israel nie laat gaan nie" (NAV). In twee gevalle knoop die profeet Jeremia 'n regsaak met *Jahwê* aan – in die eerste geval omdat die HERE toelaat dat hy (Jeremia) op 'n onregverdige wyse vervolg word en in die tweede geval omdat Hy kon toelaat dat sy volk in ballingskap gaan. In albei gevalle blyk *Jahwê* se geregtigheid op so 'n wyse dat, soos Pop (*Bijbelse woorden en hun geheim* (1951) 52) dit stel, indien 'n mens die bekende Westerse *suum cuique tribuere*-geregtigheidsformule sou aanwend, *Jahwê* elke keer al die eer sal moet kry omdat dit Hóm toekom: Jer 12:1 (OAV): "Regverdig [*tsaddiq*] is U, o HERE, as ek met U sou twis. Tog wil ek oor regsake met U spreek: Waarom is die weg van die goddelose voorspoedig? Waarom lewe hulle rustig, almal wat ontrou bedrywe?" Klaag1 1:18 (NAV): "Die Here het reg [*tsaddiq*] gedoen: ek was ongehoorsaam aan sy woord, Luister tog, alle volke, aanskou my smart: my jong vroue en jongmanne het ballinge geword."

56 Gen 6:9: "Noag was 'n regverdige [*tsaddiq*] man. Onder sy tydgenote was hy onberispelik en hy het naby God geleef." In Jer 33:5 staan: "Die HERE is verhewe, want hy woon in die hoogte; hy het Sion vervul met reg en geregtigheid [*tsedaqah*]" (OAV). Geregtigheid as 'n toestand van algemeen-etiese regskapenheid is, blykens hierdie teks, die grondslag vir geregtigheid in die samelewing (Sion) of, meer nog, 'n voorwaarde vir die regverdigmaking van die samelewing. Vgl ook Jer 48:18; Hos 10:12; Joël 2:23.

57 Jes 58:7–8 is die sprekendste: "Is dit nie die vas wat Ek verkies nie: . . . dat jy jou brood breek vir hom wat honger het, en ellendiges, swerwelinge in die huis inbring nie? As jy iemand sien wat naak is, dat jy hom klee, en jou vir jou eie vlees nie verberg nie? Dan sal jou lig deurbreek soos die dageraad en jou genesing skielik uitspruit; en jou geregtigheid [*tsedeq*] sal voor jou uit gaan, die heerlikheid van die HERE jou agterhoede wees" (OAV). (Vgl ook Ps 112:6; Spr 21:21.)

6 3 1 3 Op sewe plekke in die Ou Testament is om *die waarheid te praat of "reg/korrek te praat"* G2.[58]

6 3 2 In 'n juridiese sin

6 3 2 1 *Verwysings na die lewe/leefwyse van die gelowige as verbondskind* is eintlik meer in 'n metaforiese as in 'n direkte sin juridies van aard:[59]

> "Ethical and relational are combined here: the righteous are those who live in a proper relation to Yahweh, but they do this by keeping the law and holding to the covenant and by living uprightly before God."

Dus, in die 52 gevalle waar hierdie *ts-d-q*-verwysings (oorwegend in die byvoeglike naamwoordsvorm) voorkom, funksioneer die Verbond as 'n "kontrak" of 'n "ooreenkoms" in 'n oneintlike sin,[60] wel as 'n soort juridiese bindingsinstrument met 'n *pacta sunt servanda*-effek. Die "regverdiges" is die arm, die nederige en die getroue lede van die verbondsvolk van *Jahwê*, en word onderskei van hulle ryk en hooghartige verdrukkers.[61]

6 3 2 2 *In verwysings na die mens as 'n verhoudingswese* en in die besonder sy status van "onskuldig" (in beginsel kan dit ook "skuldig") wees voor *Jahwê* of 'n medemens, word die *ts-d-q-* woordstam 27 keer gebruik. Of hierdie gevalle almal noodwendig as streng juridies bestempel kan word, is debatteerbaar. Hulle is egter wel ten minste juridiese oorgangsgevalle.[62]

6 3 2 3 *Regverdige regspraak* word op 28 plekke in die Ou Testament as *ts-d-q* (G2) bestempel. Dat geïnstitusionaliseerde regspraak as sodanig besonder deurslaggewend vir die handhawing van reg en geregtigheid in Ou Israel was, blyk uit die mate waarin Salomo se *mishpat* (uitspraak)[63] in 'n saak tussen twee

---

58 Ps 52:5 (OAV): "Jy hou meer van kwaad as van goed, van die leuen as om geregtigheid [*tsedeq*] te spreek." (In die NAV word *tsedeq* met "waarheid" vertaal.) Spr 8:8 (OAV): "Al die woorde van my mond is reg [*tsedeq*], daarin is niks wat slinks of vals is nie." (Die *tsedeq* van die oorspronklike word in die NAV as "kan die toets deurstaan" weergegee.)

59 Ziesler *Righteousness* 25–26.

60 "Oneintlik" omdat die een verbondsparty, *Jahwê*, nooit sy ondernemings nie gestand doen nie, terwyl die ander party, die volk en/of die individuele mens, gedurig aan verbondsbreuk skuldig is.

61 Ziesler *Righteousness* 25. Voorbeelde is die volgende: Ps 37:12–3 (NAV): "Die goddelose soek die ondergang van die regverdige [*tsaddiq*] en bedreig sy lewe. Die Here lag vir die goddeloses, want Hy sien hulle dag kom." Am 5:12 (OAV): "Want Ek weet dat julle oortreding menigvuldig en julle sondes geweldig is, julle wat die vyande is van die regverdige [*tsaddiq*], wat omkoopgeld aanneem en die behoeftige wegstoot in die poort." ("Die regverdige" is in die NAV "dié wat reg doen". Vgl ook 2:6: "die regverdige" wat vir geld verkoop word, is in die NAV "onskuldige mense".)

62 Du Plessis *Juridiese relevansie* 179. Ek gee eers twee voorbeelde van "onskuldig wees voor *Jahwê*", daarna twee voorbeelde van "onskuldig wees voor medemense" en ten slotte 'n voorbeeld van 'n geval waar die voorgaande twee verhoudings oorvleuel: Ps 69:28 (OAV): "Voeg skuld by hulle skuld, en laat hulle nie in u geregtigheid [*tsedaqah*] kom nie." ("Reken ook dit by hulle skuld sodat hulle nie vrygespreek word nie" (NAV).) Job 35:2 (OAV): "Hou u dit vir reg, noem u dit: my geregtigheid [*tsedeq*] voor God . . .?" ("Dink jy dit handel die saak af as jy sê: 'Ek sal my reg van God ontvang' . . .?" (NAV).) Deut 25:1 (NAV): "Dit kan gebeur dat twee mans in 'n hofsaak betrokke raak en dat die regters uitspraak lewer en die een onskuldig [*tsaddiq*] verklaar en die ander een skuldig" (sien ook 5 3 hierbo). Jes 5:23 (OAV): "Wee hulle . . . wat vir 'n omkoopgeskenk die skuldige regverdig verklaar en die reg [*tsedaqah*] van die regverdige hom ontneem." Eks 23:7 (NAV): "Wanneer jy regspreek . . . moet jy wegbly van leuens sodat jy nie onskuldiges en regverdiges doodmaak nie. Ek, die Here, vind nie 'n skuldige onskuldig [letterlik: 'regverdig' — *tsaddiq*] nie."

63 Vgl 1 Kon 3:28.

prostitute wat oor die moederskap van 'n kind gestry het, die agting van die volk afgedwing en deur oorlewering trouens kosbare volksbesit geword het.[64] Die twee prostitute het saamgewoon en het elk 'n babaseuntjie gehad. Die een lê haar seuntjie dood en ruil toe, terwyl die ander een slaap, haar eie dooie kind en die ander een se lewende kind om. Die vroue nader die koning as regter om te beslis wie van hulle die werklike moeder van die lewende kind is. Salomo beveel dat die lewende kind middeldeur gekap en een helfte aan elke vrou gegee moet word. Uit die onderskeie reaksies van die twee vroue op hierdie opdrag van hom, lei hy dan af wie die werklike (eg bekommerde) ma van die kind is, en hy beveel dat die lewende kind aan haar oorhandig moet word.

Twee kernkenmerke van die wyse regspraak van Salomo soos dit uit die vertelling blyk, val 'n mens op:

- Gedingvoerders het afgesien van hulle status (ten minste ingevolge die ideaalbeeld wat die vertelling self skep) regstreekse en vrye toegang tot die regbank van die koning.[65]
- Die koning gee op 'n treffend kasuïstiese wyse uitspraak: hy laat hom deur die eise van die geval eerder as deur algemeen-abstrakte (regs-) norme lei. Bloedweinig regsekerheid word trouens deur hierdie uitspraak bevorder, en die "sukses" daarvan – as regverdige en wyse uitspraak – lê juis in die verrassingselement wat die koning in die proses inbring.

Samelewingsvrede is, soos in 5 3 hierbo aangetoon word, van regspraak afhanklik, en dit is van deurslaggewende belang dat hierdie regspraak regverdig moet wees. Regverdige regspraak is in 'n korrelasie tussen G1 en G2 geleë – vandaar dat die begrippepaar reg en geregtigheid (*sh-p-t* en *ts-d-q*) veelal in verwysings daarna gebruik word. G1 as *sh-p-t* dui dan op die régte (aangewese, gepaste/passende) *Bereich* of sfeer waarbinne regverdige regspraak moet plaasvind, terwyl G2 as *ts-d-q* die algemeen-etiese of -religieuse "goedheid" of wenslikheid van sodanige regspraak verwoord.[66]

Deuteronomium 1:16 (wat ek reeds in 5 3 hierbo aangehaal het) is 'n sleutelvoorskrif oor regverdige regspraak in die samelewing – net soos ook Levitikus 19:15 (wat regstreeks aan die veelseggende "jy moet jou naaste liefhê soos jouself" van 19:18 voorafgaan):

> "Jy mag nie onregverdig wees in die regspraak nie: jy mag nie partydig wees vir dié wat geen aansien het nie of die vooraanstaande bevoordeel nie. Oordeel regverdig [letterlik: 'met 'n geregtigheid' – *tsedeq*] oor jou naaste" (NAV).

Jahwê veroordeel onregverdige regspraak deur gevolmagtigde regsprekers in geen onseker taal nie:

> "Die Here het verwag dat daar reg [*mishpat*] sou wees, maar daar was net onreg, dat daar geregtigheid [*tsedaqah*] sou wees, maar daar was net die hulpgeroep van die veronregtes" (Jesaja 5:7b NAV).

> "Julle maak van die regspraak [*mishpat*] 'n bitter saak, julle trap die reg [letterlik: 'geregtigheid' – *tsedaqah*] in die grond in" (Amos 5:7 NAV).

---

64 1 Kon 3:16–28; sien ook Gray *I & II Kings: A commentary* (1970) 127–128. Hierdie volksvertelling vind "feitelike" pendante in ten minste 23 vertellings uit ander dele van die "ou" wêreld, en die een wat die naaste daaraan verwant is, is 'n Ou Indiese verhaal waarin die twee vrouens eggenotes van een en dieselfde man is (vgl Gray 127). Sien ook 5 3 hierbo en 7 2 hieronder.

65 Gray *I & II Kings* 128.

66 Sien 5 1 en veral 5 4 hierbo.

In Amos 5:18–23 sê *Jahwê* baie duidelik vir die volk dat Hy geen erg aan hulle "ywerige" dog leë vormgodsdiens het nie en eis dan in plaas daarvan in 5:24 regverdige regspraak:

> "Maar laat die reg [*mishpat*] en die geregtigheid [*tsedaqah*] te voorskyn kom, laat dit aanrol soos watergolwe, soos 'n standhoudende stroom" (NAV).

Om reg te laat geskied, is 'n opdrag van God aan die koning. Dit blyk duidelik uit die wyse waarop die profeet Jeremia (21:11–12) 'n koning wat hierdie opdrag nie uitvoer nie,[67] aanspreek:

> "En aan die huis van die koning van Juda moet jy sê: Hoor die woord van die Here, o huis van Dawid! So spreek die HERE: Verskaf reg in die môre en red die beroofde uit die hand van die verdrukker, sodat my grimmigheid nie uitgaan en brand soos 'n vuur, sonder dat iemand kan blus nie, weens die boosheid van julle handelinge" (OAV).

Omdat "die môre" die tyd was wanneer die koning regsake verhoor het,[68] is dit duidelik dat dit in die aangehaalde twee verse primêr gaan om die onreg wat die koning in die verhoor van sodanige saak pleeg. Dit het tot gevolg dat "die beroofde" 'n slagoffer van die verdrukker (NAV: "uitbuiter") word of bly.

Jeremia kontrasteer hierdie onregverdige regspraak van die koning by geleentheid met die regverdige regspraak van die Messias – Dawid se "Spruit van geregtigheid"[69] of, soos Jesaja[70] Hom noem, "die takkie . . . uit die stomp van Isai, en die loot uit sy wortels" wat "sal vrugte dra". Ek kom in 6 4 hieronder vollediger hierop terug.

6 3 2 4 *Goeie regering* in 'n (om 'n Westerse onderskeid te gebruik) meer algemeen-administratiewe eerder as streng regsprekende sin is op 18 plekke *ts-d-q* (G2).[71]

Die goeie regering van die Messias word ook dikwels (profeties) as G2 (*ts-d-q*) bestempel. Ek kom eweneens in 6 4 hieronder hierop terug.

6 3 2 5 *Om Jahwê se wet, dit wil sê die bepalings van die Tôrah, te onderhou*, is op 7 plekke in die Ou Testament eksplisiet *ts-d-q* (G2). Die *Tôrah* bevat natuurlik nie slegs (wat die moderne Westerling sal klassifiseer as) regsvoorskrifte nie, en daarom is hierdie kategorie verwysings nie "suiwer juridies" van aard nie. Hulle is egter onmiskenbaar tekenend van 'n sonderlinge gevoeligheid vir legaliteit – en nie slegs legalisme of legisme nie[72] – en bygevolg van (onder andere ook) 'n regsbewussyn waarsonder gemeenskapsvrede nouliks denkbaar is.[73]

---

67 Waarskynlik Sedekia – vgl ook 23:5 en 33:15 en sien 6 4 hieronder.
68 1 Sam 15:12; Ps 101:8.
69 Jer 23:5 33:15.
70 11:1.
71 Spr 14:34 (OAV): "Geregtigheid [*tsedaqah*] verhoog 'n volk, maar die sonde is 'n skandevlek vir die nasies." (In die NAV word *tsedaqah* as "gehoorsaamheid aan die Here" vertaal, en "verhoog 'n volk" as "laat 'n volk sterk staan" weergegee.) 2 Sam 23:3–4 (as deel van Dawid se laaste woorde) (NAV): "Die God van Israel het gepraat, die Rots van Israel het vir my gesê: 'Hy wat regverdig [*tsaddiq*] oor mense heers, wat regeer in eerbied teenoor God, is soos die môrelig as die son opkom op 'n oggend sonder wolke; dit skitter na die reën; die gras skiet op uit die grond.' "
72 Falk *Hebrew law in Biblical times* (1964) 24.
73 Let op die volgende voorbeelde: Jes 51:7a (OAV): "Luister na My, julle wat die geregtigheid [*tsedeq*] ken, volk in wie se hart my wet is . . ." ("Geregtigheid ken" is in die NAV "doen wat reg is".) Hos 14:10 (NAV): "Wie wysheid het, sal op hierdie woorde ag slaan. Wie verstandig is, sal dit ter harte neem, want wat die Here doen, is reg. Die regverdiges [*tsaddiq*] lewe daarvolgens, en die opstandiges kom daardeur tot 'n val." Dat ware wetsonderhouding

Die eis tot wetsgehoorsaamheid as 'n geregtigheidseis is heel ingrypend deurdat selfs van die koning geverg word dat hy *Jahwê* se wet moet gehoorsaam:[74]

> "Israel is in sy negering van die *princeps legibus solutus est*- beginsel uniek onder die Ou Oosterse volke."

Dit is kragtens hierdie universele eis dat die *profeet*, Natan, die *koning*, Dawid, oor sy owerspel en moord kan aanspreek.[75]

6 4 Die eksistensiële konkreetheid en toekomsgerigtheid van *ts-d-q*: die Messias

G2, al is dit algemeen-omvattend, is in die Ou Testament nie 'n abstrakte – teorie oor of leer van – geregtigheid nie, maar dit is 'n eksistensieel-konkrete "doen wat reg is". Hierdie konkrete G2-voorskrifte is èn religieus[76] èn eskatologies ruim of omvattend (dit wil sê ruim-in-die-tyd): hulle is opvallende kenmerke van 'n onafwendbaar komende *Messiasryk*.

In Jeremia 23:6 heet die Messias trouens (letterlik) in die OAV "DIE HERE ONS GEREGTIGHEID (*tsedeq*)" of in die NAV "Die Here regeer regverdig oor ons". In Jeremia 23:5 word die Messias " 'n regverdige Spruit van Dawid" genoem wat as Koning verstandig sal handel en reg (*mishpat*) en geregtigheid (*tsedaqah*) sal doen in die land.[77] Die regverdige regering van die Messias staan in skrille teenstelling met die onreg wat die nasionale koning van daardie tyd, waarskynlik Sedekia, pleeg.[78]

---

continued from previous page

nie 'n saak van onnadenkende gehoorsaamheid is nie, blyk duidelik uit die laaste teks hierbo: dit berus op insig en op 'n erkenning van die geregtigheid van *Jahwê*. Dit bring die legaliteitsmoment weer eens duidelik na vore. Deut 6:25, in sy perikoopsverband gesien, beklemtoon voorts dat onderhouding van die wet van *Jahwê* met die eis dat diegene wat syne is, Hom moet liefhê, korreleer. In 6:5, wat die kernteks in die perikoop is, word gesê dat Israel *Jahwê* moet "liefhê met hart en siel, met al jou krag" (NAV) en onmiddellik in 6:6 word dit reeds duidelik gemaak dat hierdie liefde beteken dat God se gebooie in die gedagtes van sy volk moet bly. Die perikoop word dan afgesluit met vers 25: "En dit sal geregtigheid [*tsedaqah*] vir ons wees as ons sorgvuldig al hierdie gebooie hou voor die aangesig van die HERE onse God soos Hy ons beveel het" (OAV). ("Dit sal geregtigheid vir ons wees" is in die NAV te veel niksseggender – "ons sal die wil van die Here ons God doen".)

74 Du Plessis *Juridiese relevansie* 184; vgl ook Bright *A history of Israel* (1972) 246.

75 2 Sam 12:1–25.

76 Let op die volgende twee sprekende voorbeelde: Jes 33:15–16 (OAV): "Hy wat in geregtigheid [*tsedaqah*] wandel en spreek wat reg is, wat gewin deur afpersinge versmaad, wat sy hande uitskud om geen omkoopgeskenk aan te gryp nie, wat sy oor toestop om van geen bloedskuld te hoor nie, en sy oë sluit om wat sleg is nie te sien nie – hy sal op hoogtes woon, rotsvestinge in sy burg; sy brood word hom gegee, sy water is gewis." Eseg 18:5–9 (NAV): " 'Wie leef volgens my wil [letterliker: 'wie regverdig (*tsaddiq*) is'] sal reg [*mishpat*] laat geskied en reg [*tsedaqah*] doen: hy sal nie aan die offermaaltye op die berge deelneem nie, hy sal nie hulp soek by die afgode van die volk Israel nie, hy sal nie 'n ander se vrou onteer nie, hy sal nie aan 'n vrou raak wat menstrueer nie, hy sal niemand verdruk nie, hy sal goed wat hy in pand geneem het, teruggee, hy sal niemand beroof nie, hy sal van sy kos gee vir dié wat honger is, hy sal klere gee vir dié wat nie klere het nie, hy sal nie geld op rente uitleen nie en nie woekerwins vat nie, hy sal hom van onreg weerhou en reg laat geskied in sake tussen mense, hy sal lewe volgens my voorskrifte, my bepalings gehoorsaam en hulle getrou nakom. So iemand leef volgens my wil [letterliker: 'hy is regverdig of *tsaddiq*'] en hy sal bly lewe,' sê die Here my God."

77 Vgl ook 33:15.

78 Let bv op *Jahwê* se besliste vermanings wat hy deur die profeet in 21:11–12 aan die adres van hierdie onregverdige koning rig. Sien ook Van Selms "Jeremia II" in die kommentaarreeks *De prediking van het Oude Testament* (1974) 108 278; Harrison "Jeremiah and Lamentations" in die kommentaarreeks *The Tyndale Old Testament commentaries* (1973) 120; Nicholson "The Book of the prophet Jeremiah chapters 1–25" in die reeks *The Cambridge Bible commentary* (1973) 192.

In Jesaja 11:2–4 word, nadat in 11:1 aangekondig is dat " 'n takkie sal uitspruit uit die stomp van Isai" en dat " 'n loot uit sy wortels sal vrugte dra", van die Messias die volgende gesê:

> "[O]p Hom sal die Gees van die HERE rus, die Gees van wysheid en verstand, die Gees van raad en sterkte, die Gees van kennis en van die vrees van die HERE. En Hy het 'n welgevalle aan die vrees van die HERE; en Hy sal nie regspreek na wat sy oë sien nie, en nie oordeel na wat sy ore hoor nie; maar aan die armes sal Hy in geregtigheid [*tsedeq*] reg doen en die sagmoediges van die land met billikheid oordeel; maar Hy sal die aarde slaan met die roede van sy mond en met die asem van sy lippe die goddelose doodmaak" (OAV).

Hierby vier opmerkings – en ek wil op elkeen enigermate uitbrei:

- *Messiaanse geregtigheid is in die eerste plek regterlike of regsprekende geregtigheid*, want wat Hy doen, doen Hy sonder aansien van die persoon. Anders as die toentertydse leidsliede van die volk spreek Hy reg "sonder om deur vertoon of mededeling beïnvloed te word",[79] dit wil sê streng onpartydig soos wat van 'n *ts-d-q-* regspreker geverg word.[80]
- *Die Messias se regverdige regspraak is*, in die tweede plek, *nie te skei van ander ruimer vorme van sosiale geregtigheid wat Hy doen nie.* Regterlike geregtigheid sorg inteendeel (let op die "maar" van 11:4) daarvoor dat die armes en die sagmoediges/ootmoediges hulle regverdige deel ontvang – en dat die goddeloses veroordeel word. Die *ts-d-q* (G2) regering van die Messias word op verskeie wyses in die Ou Testament aangekondig. In die Psalms vertoon dit byvoorbeeld duidelike parallelle met die regverdige regering van ("goeie") nasionale konings.[81]

Die profete kondig die koms van die Messiasryk aan as 'n onmiskenbaar beter en bepaald ook regverdiger bedeling wat wag.[82]

- *In die derde plek het die Messias " 'n welgevalle aan die vrees van die HERE" – die NAV sê dat Hy "sal vreugde vind in die diens van die Here"*. Regverdige regspraak en dade van geregtigheid word dus deur *Jahwê* beveel. Die reddingswerk van die Messias bestaan mede daarin dat Hy hierdie bevel van God tot redding van die "armes en sagmoediges" nakom.

---

79 Gemser *Verklarende Bybel II* 1491.

80 Vgl Lev 19:15 en 6 3 2 3 hierbo; sien ook Wildberger "Jesaja" in die kommentaarreeks *Biblischer Kommentar Altes Testament* (1972) 450.

81 Ps 45:5 (OAV): "Ry voorspoedig ter wille van waarheid en ootmoed en geregtigheid [*tsedeq*], en laat u regterhand u vreeslike dinge leer." Ps 72:7 (OAV): "In sy dae sal die regverdige [*tsaddiq*] bloei in volheid van vrede, totdat die maan nie meer is nie."

82 Jes 9:5–6 (NAV): "Vir ons is 'n Seun gebore, aan ons is 'n Seun gegee; Hy sal heers, en Hy sal genoem word: Wonderbare Raadsman, Magtige God, Ewige Vader, Vredevors. Sy Heerskappy sal uitbrei, en Hy sal vir altyd vrede en voorspoed bring. Hy sal op die troon van Dawid sit en oor sy koninkryk regeer. Hy sal dié koninkryk vestig en in stand hou deur reg [*misphat*] en geregtigheid [*tsedaqah*], van nou af en vir altyd. Daarvoor sal die onverdeelde trou van die Here die Almagtige sorg." Sag 9:9 (NAV): "Jubel, Sion! Juig, Jerusalem! Jou koning sal na jou toe kom. Hy is regverdig [*tsaddiq*] en hy is 'n oorwinnaar, hy is nederig en hy ry op 'n donkie, op die hingsvul van 'n donkie." Of en hoedat die voorgaande Messiasprofesië vervul is, is vir doeleindes van hierdie ondersoek nie 'n sentrale probleem nie. Meer ter sake is die feit dat (régte) sosiale en institusionele (en regterlike) geregtigheid as van soveel belang in die samelewing beskou word dat dit as kernkenmerke van die ideale regeringsbedeling van die Messias aangemerk word. Messiaanse reg en geregtigheid is voorts *konkrete toekoms*. Dit sál 'n toestand van "geregtigheid op aarde", in die intermenslike verkeer (Du Plessis *Juridiese relevansie* 174), in die regspraak en tov menslike instellings oor die algemeen, meebring (Ziesler *Righteousness* 44).

- *Ten slotte doen die Messias reg en geregtigheid omdat Hy onder leiding van die Gees van Jahwê – die Gees van wysheid en verstand, raad en sterkte en van die vrees van Jahwê – handel.* Dat dit die werking van die Gees van *Jahwê* is wat reg en geregtigheid in die samelewing en in intermenslike verkeer moontlik maak, is ten oorvloede toe duidelik uit (byvoorbeeld) Jesaja 32:14–18.[83]

6 5 Die werkwoord

In die analise van die betekenis van die *ts-d-q-* woordstam is tot dusver slegs op selfstandige en byvoeglike naamwoordsvorme gekonsentreer. Vervolgens heel kortliks iets oor tersaaklike werkwoordsvorme.

6 5 1 Hiph'il

Hierdie werkwoord beteken "om X in die gelyk te stel" of om "X onskuldig te verklaar", met die noodwendige implikasie daarby dat X tot sy regte plek of posisie binne die verbondsopset herstel word. In nege uit die twaalf gevalle waar hierdie woord gebruik word, het dit 'n opvallend juridiese betekenis, ook in die Hebreeuse sin, en daarom kan die juridiese nie van die etiese geskei word nie.[84]

6 5 2 Qal

Die betekenis van hierdie woord, wat veertien keer in die boek Job en op nog agt ander plekke in die Ou Testament voorkom, is om in òf 'n juridiese òf 'n etiese opsig – òf in beide opsigte – regverdig te wees.[85]

---

83 OAV: "Want die paleis is verlate, die stadsgewoel is in eensaamheid verander, die Heuwel en die Wagtoring dien as spelonke vir ewig, 'n vreugde vir die wilde-esels, 'n weiveld vir die troppe vee – totdat oor ons uitgegiet word die Gees uit die hoogte; dan word die woestyn 'n vrugteboord, en die vrugteboord self word vir 'n bos gereken. En die reg woon in die woestyn, en die geregtigheid [*tsedaqah*] hou verblyf in die vrugteboord. En die werking van die geregtigheid [*tsedaqah*] sal vrede wees, en die voortbrengsel van die geregtigheid [*tsedaqah*] rus en veiligheid tot in ewigheid. En my volk sal woon in 'n plek van vrede en in veilige wonings en in plekke van ongestoorde rus." Dit is interessant om op die volgende te let (sien ook Ziesler *Righteousness* 44): (i) In 6 2 1 2 hierbo is aangetoon dat *Jahwê* se geregtigheid (as G2) oa ook beteken dat Hy diegene wat syne is, in die gelyk stel en voorspoedig maak. In die pas aangehaalde gedeelte het *tsedaqah* inderdaad hierdie betekenis, maar terselfdertyd dui dit ook op 'n toestand van geregtigheid in die samelewing, welke toestand vrede en veiligheid moontlik maak – God se daad het sosiale geregtigheid tot gevolg. (ii) Van hierdie toestand is goeie regering en regverdige regspraak – gegewe die konteks – bepaald ook dimensies. Soos Ziesler 44 sê: "It is God's gift, yet also something which men practise." (iii) Die vrede en veiligheid in die samelewing waarvan Jesaja hier profeteer, loop saam met 'n toestand van harmonie in die natuur – in die "woestyn" en in die "vrugteboord".

84 Ziesler *Righteousness* 18–20. Ek gee twee voorbeelde van die opvallend juridiese en een voorbeeld van die nie-juridiese gebruik: Eks 23:7 (OAV): "Hou jou ver van valse sake af. En moenie die onskuldige en die wat reg het, ombring nie, want ek sal die skuldige nie regverdig verklaar nie." 2 Sam 15:4 (OAV): "Verder het Absalom gesê: Mag hulle my as regter in die land aanstel, dat elkeen wat 'n geskil of regsaak het, na my kan kom; dan sal ék aan hom reg laat geskied." Jes 53:11b (NAV): "My dienaar, die regverdige, sal baie mense regverdig maak: hy sal die straf vir hulle sonde dra."

85 Ziesler *Righteousness* 20–21. Voorbeelde is die volgende: Gen 38:26 (OAV): "Juda het . . . gesê: Sy het reg teenoor my, want ek het haar mos nie aan my seun Sela gegee nie." ("Juda het . . . gesê: 'Sy is onskuldig, ek nie. Ek moes my seun Sela aan haar as man gegee het' " (NAV).) Job 9:15 (OAV): "Hom wat ek nie kan antwoord nie, al was ek regverdig: ek kan my regter net om genade smeek!" Jes 45:25 (OAV): "In die HERE sal geregverdig word en hulle beroem die hele geslag van Israel."

6 5 3 Pi'el

Pi'el dui op 'n bestaande toestand van G2 in 'n gekombineerd juridiese en etiese sin, en kom vyf keer in die Ou Testament voor.[86]

6 5 4 Niph'al

Hierdie werkwoord kom slegs in Daniël 8:14 voor, waar dit na die heiligdom wat "in sy regte staat herstel *sal* word" (OAV) verwys.

6 5 5 Hithpa'el

Genesis 44:16 is die enigste plek waar hierdie woord voorkom, en dit het daar die konnotasie van "verontskuldig".

6 6 Enkele samevattende gevolgtrekkings oor *sh-p-t* en *ts-d-q*

G2 (*ts-d-q*) het in die Ou Testament wesenlik 'n verbondsbetekenis:[87]

> "[R]ighteousness is covenant-behaviour, or loyalty to the covenant."

Die Verbond is in die Ou Israelitiese volkslewe 'n prakties-institusionele werklikheid – soos uit Afdeling II duideliker sal blyk. Alle kultuuruitinge, ook in regs- en samelewingsverband, is verbondsentries.

Daar kan 'n sterk saak uitgemaak word dat die *ts-d-q*-woordstam se oorspronklike betekenis oorwegend juridies was.[88] Dit is veelseggend dat 'n woordstam wat so sterk met regsbetekenis gelaai is, ook van deurslaggewende godsdienstige betekenis kan wees. Die teokratiese aard van Ou Israel maak so iets moontlik.

Die werklike betekenis*inhoud* van geregtigheid in die Ou Testament is in die gebruik van die *ts-d-q-* woordstam te vind, maar die *sh-p-t-* woordstam bied in baie gevalle 'n allernoodsaaklike *verpakking* vir hierdie inhoud: G1 is noodsaaklik om aan G2 sosio-institusionele rigting te gee. Sosiale geregtigheid in die Ou Testament veronderstel 'n régte (in die sin van korrekte) harmoniëring van alle faktore wat 'n *ts-d-q* (G2) toedrag van sake daarstel: dit is genormeerd en legaal. Na hierdie toedrag van sake word vervolgens in Afdeling II – hoofsaaklik aan die hand van die rol van die wet (*Tôrah*) en die profete in die samelewing – gekyk.

AFDELING II

7 REG EN GEREGTIGHEID IN DIE SAMELEWING: DIE WET EN DIE PROFETE

7 1 Die Tôrah

G2 is wesenlik 'n verbondsbegrip. Die *Tôrah* is 'n kodifikasie van God se verbondsbepalings vir sy verbondsmense. Hierdie bepalings maak régte sosiale ordening moontlik, en is daarom normatiewe voorwaardes vir 'n *ts-d-q*-samelewing.

---

86 Ziesler *Righteousness* 21. Voorbeelde: Job 32:2 (NAV): "Elihu het kwaad geword omdat Job volgehou het dat hy reg het, nie God nie." (Die OAV vertaal "dat hy reg het, nie God nie" as "[omdat] hy homself regverdig beskou het voor God".) Eseg 16:51b (OAV): "[J]y het jou susters geregverdig deur al jou gruwels wat jy gedoen het."

87 Ziesler *Righteousness* 39.

88 *Ibid.* In ieder geval het uit 6 2 en 6 3 hierbo geblyk dat die betrokke woordstam tav sowel *Jahwê* as die mens veelal in 'n enger juridiese betekenis gebruik word.

Die *Tôrah* as "hoofkode" is onderverdeel in vyf subkodes, elk waarvan 'n eiesoortige regsdimensie het:[89]

- *Die Dekaloog of Tien Woorde* is in Exodus 20:1–17 en Deuteronomium 5:6–21 opgeteken.
- *Die Bondsboek of Verbondskode* van Eksodus 20:22–23:33 bevat

  * wette oor die vryheid en die lewe van die naaste (Eksodus 21) wat onder andere oor hedendaags tipiese regskwessies soos die bepaling van die verskillende vorme van doodslag ("opsetlik" en andersins) en aanranding, asook die toepaslike strawwe en strafversagtende omstandighede handel;

  * wette oor die eiendom van die naaste (Eksodus 22) wat onder andere "sakeregtelike" aangeleenthede soos bewaargewing en die "risiko-reëling" ten aansien daarvan asook diefstal ensovoorts reël; en

  * verskillende ander wette, waaronder prosesregtelike voorskrifte oor kwessies soos die aflê van getuienis in 'n geding en ander regsvoorskrifte betreffende die versorging van die armes.
- *Die Heiligheidswette* van Levitikus 17–26 het 'n op die oog af oorwegend godsdienstig-etiese inslag maar deur 'n moderne Westerse regsbril bekyk, sou byvoorbeeld die huweliks- en kuisheidswette in 18:1–30, die strafbepalingsvoorskrifte in 20:1–27 en die wette oor godslaster in 24:10–23 as regsnorme kon deurgaan.
- *Die Priesterlike Kode* (Levitikus oor die algemeen met uitsluiting van die Heiligheidswette) is oorwegend godsdienstig-kulties maar bevat ook sulke heel praktiese regsvoorskrifte soos dié wat die erfopvolging van dogters reël.
- *Die regsvoorskrifte in die Deuteronomiese Kode* (Deuteronomium 12–26) sluit onder andere "administratiewe reëlings" oor die gee van tiendes, die inrig van die Sabbatsjaar, die vrylaat van slawe, die inkomste van die priesters en die Leviete en arbitrasie in huweliksgeskille asook "statusbepalings" met betrekking tot die posisie van eersgeborenes, die koning en selfs sekere stede in.

Die *Tôrah* het 'n baie sentrale rol in die Ou Israelitiese samelewing gespeel. Die Verbond van *Jahwê* met sy volk vertoon baie van die formele kenmerke van Naby Oosterse verdrags- of kontraktipes van daardie tyd.[90] *Jahwê* onderneem (oor die algemeen gesproke) om vir sy volk en sy mense 'n God te wees, en hulle onderneem weer om Hom te gehoorsaam deur (onder andere) die *Tôrah* te onderhou. Die bepalings van die *Tôrah* is, in eietydse regstaal getransponeer, bedinge van die Verbond as ooreenkoms. *Jahwê* is altyd getrou aan hierdie ooreenkoms. Die volk en individue daarenteen pleeg dikwels verbondsbreuk.[91]

---

89 De Vaux *Ancient Israel – its life and institutions* (1961) 143–144; Brongers *Oud-Oosters en Bijbels recht* (1960) 175–176.

90 In sy proefskrif *'n Vergelyking van die struktuur van die buite-Bybelse staatsverdrae – met besondere aandag aan die sefire-verdrae – met die struktuur van Deuteronomium* (1977) toon Van Rooy met behulp van vergelykende struktuuranalises aan dat daar treffende strukturele ooreenkomste (en tog ook verskille) tussen die boek Deuteronomium as verbondsboek en sekere buite-Bybelse staatsverdrae bestaan. Ofskoon hy teen die maak van oorhaastige afleidings uit hierdie ooreenkomste maan, beklemtoon hy terselfdertyd dat die oorsprong en wording van Deuteronomium nie verklaar kan word sonder om met hierdie ooreenkomste rekening te hou nie.

91 Volgens Vriezen *Hoofdlijnen der theologie van het Oude Testament* (1966) 242 is die *Tôrah* 'n "offisieel amptelike" openbaring van *Jahwê* as verbondsgetroue God.

Die *Tôrah* vervul egter ook 'n leer- of onderrigsfunksie en lê riglyne neer vir die gee van regte beslissings in konkrete gevalle.[92]

Ou Israelitiese psalmiste raak liries oor die regverdige wette van *Jahwê*.[93] Hiervoor bestaan daar ook 'n heel praktiese rede: baie van hierdie wette is "kindly laws" – welwillendheidsvoorskrifte wat nie alleen bind nie maar ook bevry.[94] Voorbeelde van sulke verbondsbepalings is die volgende:

- wette oor die vrylating van slawe;[95]
- voorskrifte wat die sorgsame hantering van verlore goedere gelas en iemand in beheer daarvan verplig om alles in sy of haar vermoë te doen om dit aan die regmatige eienaar terug te besorg;[96]
- die verpligting om die dakke van huise te beveilig deur relings aan te bring;[97]
- die verbod op die terughou van lone;[98]
- die wet wat iemand wat oes, verbied om 'n gerf wat op die land vergeet, is te gaan haal – dit moet vir " 'n vreemdeling of 'n weeskind of 'n weduwee" daar gelaat word;[99]
- die verbod op die muilband van 'n os wanneer dit gebruik word om te dors;[100]
- die opdrag dat wingerde en koringlande nie heeltemal afgeoes moet word nie – daar moet vir armes en vreemdelinge druiwetrosse en koringare oorbly;[101]
- die verbod op die vervloeking van dowes en die plaas van hindernisse in die pad van blindes – "[J]y moet God vrees. Ek is die HERE";[102]
- die verbod op valse mate en gewigte;[103]
- die wet op die verering van bejaardes.[104]

Daar rus op elke mens 'n positiewe plig om die belange van andere te bevorder. Dit is sprekend van die nie-wettisistiese aard van die wetsgehoorsaamheid wat van regverdige mense vereis word: naasteliefde en liefde vir God is die sin van wetsonderhouding.[105]

7 2 Die profete

Die profete rig hulle tot verbondsbrekers en kondig God se oordele aan – soms in tipiese gedingsituasies wat treffende ooreenkomste met gangbare Ou Naby Oosterse regsprosesse vertoon.[106] Uit laasgenoemde gevalle word 'n mens meer oor die Ou Israelitiese regspleging wys.

---

92 De Vaux *Ancient Israel* 143; Vriezen *Oude Testament* 243; Rushdoony *The institutes of Biblical law* (1973) 670.
93 Sien bv Ps 19 119.
94 Cameron *The kindly laws of the Old Testament* (1945) 9–67.
95 Deut 15:12–13.
96 Deut 22:1–3.
97 Deut 22:8.
98 Lev 19:13.
99 Deut 24:19. Vreemdelinge was 'n besondere kategorie beskermingsbehoeftiges in die samelewing omdat hulle, in moderne Westerse terme gesproke, diegene sonder politieke regte was (sien Deist *Die dag sal brand* (1976) 49).
100 Deut 25:4.
101 Lev 19:9–10.
102 Lev 19:14.
103 Deut 25:13.
104 Lev 19:32.
105 Toombs "Love and justice in Deuteronomy" 1965 *Interpretation* 399–411.
106 Sien O'Rourke Boyle "The covenant lawsuit of the prophet Amos: III I–IV 13" 1971 *Vetus Testamentum* 338–341 vir 'n oorsig van navorsing in hierdie verband. Sien ook Fensham "Geregtigheid in die boek Miga en parallelle uit die Ou Nabye Ooste" 1967 *Tydskrif vir Geesteswetenskappe* 416–425.

In *Amos 3:1 tot 4:3* word *Jahwê* se oordeel in die vorm van 'n *rîb*-gedingsproses aangekondig. Dié proses verloop min of meer soos volg:

- In 3:1 tot 4:3 word die getuies opgeroep om te getuig. Die beskuldigde, Israel, is self 'n getuie, maar so ook die inwoners van Egipte en Asdod (3:9) en Samaria (3:12). Die aanklaer, *Jahwê-cum*-Amos, is – soos in Ou Oosterse hofprosesse die gebruik – self 'n sleutelgetuie in die geding.[107] *Jahwê* is *deur middel van sy profeet* aanklaer, en Amos se gesag om in hierdie hoedanigheid op te tree, word in 3:7–8 bevestig.
- Die Verbond is die grondslag van die geding,[108] en deur in 3:2 vir die Israeliete te sê dat *Jahwê* hulle uit al die geslagte van die aarde *geken* het – "ken" is hier die sleutelwoord – word die intieme verbondsverhouding tussen God en diegene wat hy uitgekies het, aangedui. Die gevolg van die Israeliete se verbondsbreuk is vervloeking – soos wat dit met verbonds- of verdragskending by ander Ou Naby Oosterse volke ook die geval was.[109]
- In 4:4–5 word die aanvanklike klag op 'n heel ironiese wyse gestel: die beskuldigde word uitgenooi om nog meer te sondig deur met skynheilige vormgodsdiens voort te gaan.
- In 4:6–11 gee *Jahwê* 'n oorsig van sy dade van verbondstrou teenoor die volk asook van die strawwe wat Hy gebruik het om hulle tot verbondstrou te probeer terugbring.
- In 4:12 word die beskuldigde gevonnis en gewaarsku dat die voltrekking van die vonnis aan 't kom is. Die verswyging van die presiese aard van die vonnis asook die nie-onmiddellike voltrekking daarvan, is kenmerkend van die Ou Naby Oosterse regspraak.
- In 4:13 word die gesag en lofwaardigheid van *Jahwê*, die aanklaer, en daarmee saam dus ook sy *locus standi* in die geding en die uitvoerbaarheid van die vonnis, bevestig.

Die verbondsverhouding as regsverhouding kan alleen deur die regsproses herstel word. *Jahwê* is, gegee sy "partyskap" tot die Verbond, 'n regmatige gedingvoerder.

In die *Miga-profesie* word eweneens 'n gedingsituasie beskryf. Hier is die inhoud van die klagstaat egter van groter belang as die verloop van die proses. Vir die vergrype wat in die klagstaat opgeteken is, vind Fensham[110] vir al vier behalwe die laaste een parallelle in die Ou Naby Oosterse regskultuur:

- In Miga 2:1–2 word die onregmatige berowing van vaste eiendom vermeld. Nie alleen is dit formeel en materieel 'n oortreding van die *Tôrah* nie,[111] maar dit loop ook uit op verdrukking van die swakkes in die samelewing, soos duideliker word wanneer 2:1–2 saamgelees word met 2:9: vrouens word uit hulle huise weggejaag en hulle en hulle kinders word bygevolg van dit wat

107 Sien ook Kennett *Ancient Hebrew social life and custom as indicated in law, narrative and metaphor* (1933) 94.
108 Fensham 1967 *Tydskrif vir Geesteswetenskappe* 420–421.
109 Fensham "Common trends in curses of the Near Eastern treaties and Kandurru-inscriptions compared with maledictions of Amos and Isaiah" 1963 *Zeitschrift für die Alttestamenliche Wissenschaft* 155–175; De Vaux *Ancient Israel* 144–146.
110 1967 *Tydskrif vir Geesteswetenskappe* 418–420.
111 Vgl Eks 20:17 en Lev 19:13.

hulle toekom, beroof (vgl ook 3:2–3). Soos voorheen reeds aangetoon is,[112] word op verskeie plekke in die Ou Testament van die "magtiges" in die samelewing vereis dat hulle die belange van sosiaal weerlose mense, soos armes, weduwees, weeskinders en vreemdelinge (dit wil sê mense sonder politieke regte), aktief sal bevorder. Daardeur moet hulle wys dat daar by *Jahwê* geen aansien van die persoon is nie, en dat selfs hulle, die sosiaal sterkes, van sy genade afhanklik is. In die meeste Ou Naby Oosterse kulture is die pleeg van sosiale onreg teenoor weerloser mense in die samelewing in 'n baie ernstige lig beskou.

- In 6:10–12 word die leiers van Juda hulle *bedrog as gevolg van hulle hebsug en grypsug verwyt.* Daardeur oortree hulle eerstens 'n algemene verbod op bedrog[113] maar hulle tree ook in stryd met die bepalings van 'n besondere *Tôrah*-verbod op die gebruik van valse mate en gewigte op.[114]. Al hierdie vergrype is in die Ou Naby Oosterse regslewe oor die algemeen eweneens in 'n baie ernstige lig beskou.
- Die volksleiers as regsprekers *verdraai die reg* deur omkoopgeskenke te aanvaar (3:11), en hierdie regterlike wanpraktyke gaan hand aan hand met wanadministrasie en korrupsie: priesters gee teen vergoeding onderrig en profete is waarsêers vir geld. Dit alles druis lynreg teen die voorskrifte van die *Tôrah* in.[115] In Ou Naby Oosterse regskulture is die belangrikheid van veral regsprekers met integriteit egter ook sterk beklemtoon.
- Valse profete probeer *die uitdra van die ware profesie voorkom* (2:8). Die wil van die God van die Verbond, as party tot die Verbond, moet onbelemmerd bekend gemaak kan word. Wie dit probeer verhoed, pleeg onreg. As gevolg van die uniek religieuse aard van die Ou Israelitiese verbondsgedagte, bestaan daar vir hierdie vergryp geen pendant in die regslewe van ander Ou Naby Oosterse nasies nie.

Maleagi 3:5 saamgelees met 2:17 is 'n interessante geval. 'n Volk, lamgeslaan deur onvervulde verwagtings, "mense met baie ervaring van die feit dat die hoop meesal beskaam",[116] is op soek na *Jahwê*, die God wat reg aan hulle moet laat geskied (2:17). Hierdie gesoek na geregtigheid maak die regverdige regter egter moeg, en sy boodskap aan die soekendes is een van:[117]

> "Julle soek na die God van die reg, maar God soek na geregtigheid onder julle. Wees dankbaar dat God nog talm om te kom, want Hy kom om te *suiwer*."

Dat *Jahwê* kom om te suiwer, en dat Hy dit gaan doen mede omdat die volk in so 'n groot mate in die pleeg van sosiale onreg volhard, word in geen onduidelike taal nie in 3:5 gesê:

> "Dan sal Ek na julle toe kom as regter: Ek sal sonder versuim regspreek teen dié wat hulle met toordery ophou, teen die egbrekers en dié wat valse ede aflê, teen dié wat die dagloner tekort doen, die weduwee en die weeskind veronreg en die vreemdeling verdring, teen dié wat vir my nie eerbied het nie, sê die Here die Almagtige" (NAV).

In die lig van wat hierbo oor die Amos- en Miga-profesieë gesê is, is verdere kommentaar op hierdie gedeelte oorbodig.

---

112 Sien bv 5 3 hierbo.
113 Lev 19:11.
114 Deut 25:13–15.
115 Vgl Eks 23:8 en Deut 16:19 asook 27:25.
116 Deist *Die dag sal brand* 7.
117 45.

AFDELING III

8 GEVOLGTREKKINGS EN VERGELYKINGS

Uit die bespreking tot dusver kan die volgende kort, samevattende omskrywing van Ou Testamentiese geregtigheid gegee word:

> *Geregtigheid as 'n eienskap van èn* Jahwê *èn die volk èn die individu is 'n sinoniem vir "verbondstrou", en dui op die normatief régte (of korrekte) – dit wil sê behoorlike – handhawing van die bepalings van die Verbond. Geregtigheid beklee 'n primêre plek in die verhouding God-mens, maar het, as sosiale geregtigheid oor die algemeen en as regsprekende en wetgewende geregtigheid in die besonder, ook baie duidelike implikasies in en vir intermenslike verkeer – en ook vir die regslewe.*

'n Eksistensiële vergelyking bring die volgende ooreenkomste en verskille tussen die Ou Israelitiese en eietyds Westerse sienings van die reg (en regsinstellings) na vore:[118]

8 1 Die deurslaggewende belang van regspraak

Regspraak het 'n deurslaggewend belangrike rol in Ou Israel gespeel.[119] Die vereiste dat die regspraak onpartydig moet wees, is gemeenskaplik aan sowel die Ou Israelitiese as die eietyds Westerse sienings van geskilberegting. Laasgenoemde ooreenkoms is egter oppervlakkiger as wat dit met die eerste oogopslag voorkom.

Volgens die gangbare Westerse siening van ideale regspraak sal 'n regter, solank as wat hy of sy aan "objektiewe", onpersoonlike regsnorme – eerder as subjektiewe, persoonlike voorkeure – gevolg gee, onpartydig reg spreek. Die beslissing self en die reëls waarvolgens dit gegee word, word noulettend uitmekaar gehou.[120] Regterlike gesag is 'n eiestandige en duidelik onderskeibare onderdeel van staatsgesag. Al is die ideaal dat reg en geregtigheid vir die onderdaan se onthalwe nagejaag behoort te word, is hofgedinge kenmerkend onpersoonlik. Daar word trouens van die regspreker verwag om sy of haar onpartydigheid in 'n genoegsame mate van judisiële afsydigheid tot uitdrukking te laat kom.[121]

Die Ou Israelitiese siening van onpartydige regspraak voorveronderstel nie vertroue in die "vermöe" van algemeen-geldende regsreëls om die element van "subjektiewe persoonlikheid" uit 'n gedingsituasie te haal en só 'n louter saaklike uitspraak te verseker nie. Regspraak is, eg teokraties, 'n saak van God, en daarom is *Jahwê* "in eie persoon" by elke konkrete geval van gedingvoering betrokke. Regterlike onpartydigheid moet sê dat *Jahwê* self nie mense voortrek nie. Voorts, soos duidelik uit die verhaal van Salomo se uitspraak in die saak van die twee prostitute blyk,[122] weeg die persoonlike wysheid en insig van die regter as regverdige regspreker swaarder as die "onpersoonlik-universele" wyshede (of sosiale waardes) wat uit wesenlik abstrakte regsnorme opgediep moet word.

---

118 Vanselfsprekend moet ek baie veralgemeen en veral wat my kyk op "Westerse reg" betref, heelwat aan nuanse inboet. Wat ek dus as "kenmerke" van Westerse reg bestempel, kan meer kenmerkend van sommige "konkrete" Westerse regstelsels as van andere wees. Let egter daarop dat my vergelyking bloot *verkennend* en daarom ook voorlopig is.

119 Sien bv 5 3, 6 2 2 1, 6 3 2 3, 6 4 en 7 2 hierbo.

120 Roberts *Order and dispute: an introduction to legal anthropology* (1979) 20.

121 Sien ook, naas Roberts, Du Plessis *The Law as a regulator and/or manager of conflict, particularly in ethnically plural societies* (1984) 92–93.

122 Sien 6 3 2 3 hierbo.

Van 'n Ou Israelitiese regter word in laaste instansie veel meer as 'n louter saaklike uitspraak of 'n blote "skeidsregtershandeling" geverg. Hy moet kragtig vir die veronregte party kant kies, en toesien dat hy (die veronregte) nie alleen *in abstracto*, met verwysing na die stand van positiewe regsvoorskrifte, in die gelyk gestel word nie, maar ook *in concreto* (en in feite) met daadwerklike regterlike steun kry wat hom of haar toekom. Waar in moderne Westerse regstelsels die howe as regsprekende organe dus duidelik van uitvoerende organe onderskei word, wat hofvonnisse moet afdwing,[123] is in Ou Israel die regspreker meteen ook die regsverskaffer. Dit is onder andere moontlik omdat regspraak nie as 'n eiestandige bedrywigheid of sfeer van bedrywighede naas ander "amptelike" bedrywighede in die samelewing beskou word nie. Die r*e*gter opereer meteen ook met "r*i*gterlike" gesag: sy regterlike aansien en "legitimiteit" is met sy sosiale en politieke aansien (en met die besondere gesag waarmee *Jahwê* hom beklee) vervleg, en is trouens daarvan afhanklik. Van 'n sistematiese uitmekaar hou van regspraak en politiek (en godsdiens) is daar weinig sprake, en van *trias politica* nog minder.

In georganiseerde Westerse samelewings is regspraak en regspraakverwante prosesse die vernaamste wyses van gesaghebbende geskilbeslegting. Of dit ook in Ou Israel die geval was, is debatteerbaar. Dat daar egter groot agting vir regspraak as 'n metode van geskilbeslegting bestaan het, ly nie twyfel nie. Uit Bybelgedeeltes soos Deuteronomium 16:1 en 25:1–3[124] is dit voorts duidelik dat gedingvoering deur 'n oopdek en 'n "voor die forum plaas" van geskilpunte – soos wat dit in haas alle moderne Westerse regsprosesse die geval is – gekenmerk word. Die gedingproses openbaar dus onmiskenbaar adversatiewe trekke.

Toeganklikheid van die regbank was in Ou Israel nie 'n probleem nie. Enigiemand kon ongehinderd sy of haar saak vir beregting aan die regter, meesal die regeerder of koning, voorlê. Dink maar aan die gemak waarmee, in die verhaal van Salomo se wyse uitspraak,[125] twee straatvroue – bepaald nie vooraanstaandes in die gemeenskap nie! – hulle saak voor die koning kon bring. Die informele en ongedifferensieerde aard van die Ou Israelitiese samelewing het natuurlik die toeganklikheid van die regbank in 'n aansienlike mate ten goede gekom. Regspraak was 'n persoonlike aangeleentheid en die sukses daarvan was nie van die besondere regskundigheid van regters en regsverteenwoordigers afhanklik nie.[126]

'n Mens kan vanselfprekend nie die Ou Israelitiese model van 'n maklik toeganklike regbank onveranderd op 'n moderne Westerse samelewing probeer oorplant nie. Die motiverings of beginsels agterliggend aan die feit van sodanige toeganklikheid gee egter heelwat stof tot nadenke vir Westerse juriste in 'n tydsgewrig waar dit wil voorkom asof die gesofistikeerdheid van samelewings regstreeks eweredig aan die ontoeganklikheid van hulle regsprosesse is.

8 2 Die rol van formele norme en legaliteit

Die Ou Testamentiese opvatting van "justice according to law"[127] vind treffende teenhangers in moderne Westerse sienings van *legaliteit*. Geregtigheid (G2) as 'n ideale toedrag van sake voorveronderstel 'n régte of korrekte (G1) manier

---

123 Roberts *Order and dispute* 20.
124 Sien in die algemeen 5 3 hierbo.
125 Sien 6 3 2 3 hierbo.
126 Roberts *Order and dispute.*
127 Vgl Stone *Human law* 22–24.

van doen. Daarmee saam moet egter in gedagte gehou word dat *Jahwê* nie onnadenkende of klakkelose gehoorsaamheid van sy wette verg nie: wie sy *Tôrah* gehoorsaam, moet weet dat dit die regverdige en "heilsame" verbondsbepalings van 'n verbondsgetroue Goddelike wetgewer is wat gehoorsaam word. Legaliteit is dus nie blote legalisme of wettisisme nie.[128] Om hierdie rede speel 'n normsisteem (*in casu* die *Tôrah*) in Ou Israel 'n opvallend belangriker en deurslaggewender rol as wat gewoonlik in nie-gedifferensieerde en nie-gekompliseerde samelewings die geval is. Voorts, omdat Ou Testamentiese legaliteit met inhoud gevul en met verwysing na die Verbond gemotiveer – selfs "gelegitimeer" – word, is dit myns insiens nie vergesog om dit op dieselfde vlak as moderne Westerse verskyningsvorme van materiële legaliteit, soos die *regstaatsidee* en die *rule of law*, te stel nie. In albei gevalle word van die veronderstelling uitgegaan dat die norm nie alleen op sterkte van sy (dwingende) vorm nie maar veral omdat hy na sy inhoud op 'n regverdige stand van sake appelleer, gehoorsaam behoort te word. Hierdeur word inhoudlose formalismes vermy.[129]

Die idee van materiële legaliteit vier nie ongekwalifiseerd in die Westerse regstradisie hoogty nie. Vir sommige regspositiviste is die vorm van die regsnorm byvoorbeeld bowegeskik aan die inhoud daarvan, en moontlike waardesisteme wat in die norm weerspieël kan word, is vir hulle (vir regswetenskaplike doeleindes altans) nie ter sake nie.

Ten spyte van ooreenkomste tussen die moderne Westerse en Ou Israelitiese opvattings van die aard en funksie van regsnorme en van legaliteit, is daar egter ook subtiele en selfs markante verskille:

- Dit is opvallend dat regsnorme in Ou Israel hoegenaamd nie as 'n unieke of eiestandige sisteem gedragsvoorskrifte beskou is nie: saam met etiese norme en godsdiensvoorskrifte was hulle ongedifferensieerd deel van een en dieselfde normsisteem wat as 'n *corpus* verbondsbepalings met presies eweveel gesag – en, in beginsel beskou, op een en dieselfde wyse – gegeld het. In Westerse samelewings daarenteen word moeite gedoen om die *corpus* oorwegend abstrakte regsnorme duidelik van ander kategorieë sosiale gedragsreëls te onderskei.[130] Dat regsreëls nie op die terrein van andersoortige voorskrifte sal "oortree" nie, word trouens as ideaal beskou.[131]
- In Ou Israel het die gedragsvoorskrifte van die *Tôrah* nie noodwendig met finale en deurslaggewende beslissingsmag in gedingsituasies gegeld – dermate dat dit regterlike uitsprake byvoorbeeld "voorspelbaar" gemaak het – nie. Sulke voorskrifte kon wel geskille help omlyn en prosesregtelik rigtingwysend wees. Die regverdigheid van 'n uitspraak het egter in 'n deurslaggewende mate van die eie, subjektiewe wysheid en insig van die regspreker eerder as die onpersoonliker, objektiewe (geakkumuleerde) waarheids- en wysheidsmomente in norme vervat, afgehang.[132] Dit is daarom nie vreemd dat Jesaja[133] juis ook die *regterlike wysheid* van die Messias profeties besing nie.

  In die moderne Westerse regsdenke en -praktyk staan sake anders. Benewens die feit dat regsnorme gedrag voorskryf, dien hulle ook as algemeen-geldige

128 Sien ook 6 2 2 1, 6 3 2 5 en 7 1 hierbo.
129 Sien ook Du Plessis *Law as regulator* 86–88.
130 Roberts *Order and dispute* 19.
131 Du Plessis *Law as regulator* 84–86.
132 Vgl nog eens Salomo se uitspraak in die hofsaak van die twee prostitute (6 3 2 3 hierbo).
133 11:2–4 (sien 6 4 hierbo).

kriteria vir geskilbeslegting in konkrete situasies. Hulle word met finale en deurslaggewende gesag beklee omdat hulle as algemeen-geldige geregtigheidsmaatstawwe – wat samelewingswaardes in 'n toereikende mate huisves – vertrou word. Om jou dus met sukses op 'n regsreël "in jou guns" te kan beroep, sal waarskynlik ook tot die beslegting van 'n geskil "in jou guns" lei.

- Regshervorming, uit die oogpunt van die Westerse juris, beteken hoofsaaklik *sisteem*hervorming wat veelal (onder meer) die aanpassing en selfs herroeping van verouderde of ontoereikende regsnorme veronderstel. In die Ou Testament word onreg selde indien ooit tot "die sisteem" herlei – selfs al sou mens uit 'n regs- en sosiaal-logiese oogpunt tereg kon argumenteer dat "die sisteem" tekortkominge bevat. Die deur *Jahwê* gegewe normorde word nie bevraagteken nie. Onreg word eerder aan die konkrete optrede van mense – hulle ongehoorsaamheid aan die *Tôrah* en hulle gevolglike verdraaiing van "die sisteem" – gewyt. Dit is te verwagte van 'n regskultuur waarin abstrakte normatiwiteit nie 'n deurslaggewende rol speel nie.

8 3 Die swakkes in die samelewing

Die besondere maatreëls wat in Ou Israel getref is om na die belange van sosiaal weerlose mense om te sien, is opvallend.[134] 'n Mens moet nie oorhaastig wees om hierdie "sorg vir die swakkes" te idealiseer nie. Die profeteboeke bevat immers heelwat besonderhede oor hoedat die regte van die geringes in die samelewing dikwels vertrap is. Die ideaal soos in die verbondseise van *Jahwê* weerspieël en die "harde werklikheid" het dus nie altyd geklop nie. Feit is egter dat dit wat Lyndon B Johnson, voormalige president van die VSA, *affirmative action* genoem het[135] – en wat teëstanders van die idee *reverse discrimination* noem – op bevel van *Jahwê* self in die normatiewe struktuur van die Ou Israel-teokrasie ingemessel was. Daarom was dit die plig van die regter om ook die redder van die veronregte, die verdrukte, te wees,[136] en sien baie van die "kindly laws" van die Ou Testament[137] spesiaal na die belange van diegene met die een of ander sosiale agterstand om.

Die gelykheidsprimaat wat die Ou Testamentiese opvatting oor sorg vir die sosiaal weerlose ten grondslag lê, is myns insiens nie "van nature" of tipies Westers nie. 'n Eietyds Westerse Christen sal waarskynlik nog saamstem dat daar by God geen aansien van die persoon is nie,[138] maar die idee dat die reg *affirmative action* van die sterkeres moet gelas ten einde die belange van die swakkeres te bevorder, plaas die deursnee Westerling op sy of haar hoede: "moral equality" is hoogstens 'n gelykheid op grond van persoonlike meriete, en dit veronderstel dat mense op dieselfde grondslag om die toebedeling van dieselfde regte meeding. Hierdie gelykheidsmaatstaf op sigself verdiskonteer egter nie altyd die histories-feitelike bestaan van agterstande by sekere kategorieë mense in die samelewing nie. Waar die voorkoming van ongelykheid nie in die institusionele struktuur van die samelewing self ingebou is nie, kan hierdie meritokratiese gelykheidsopvatting nie in alle omstandighede geregtigheid in die hand werk nie.

---

134 Sien bv 5 3, 7 1 en 7 2 hierbo.
135 Sien Eastland en Bennett *Counting by race: equality from the founding fathers to Bakke and Weber* (1979) 6.
136 Sien 5 3 hierbo.
137 Sien 2 1 hierbo.
138 Sien ook 2 2 hierbo.

Die idee van korrektiewe gelykheid is egter nie heeltemal vreemd aan die Westerse tradisie nie. Aristoteles[139] se opvatting oor billikheid – wat hom, aldus Theodor Adorno[140] tot onverganklike eer strek – maak byvoorbeeld uitsonderings op die algemene reëls van gelykheid in besonder verdienstelike gevalle moontlik. Voorts lê daar in die hedendaags toenemende erkenning van die relevansie van 'n sogenaamde tweede generasie menseregte, ook 'n korrektiewe element opgesluit – bygesê dat denke oor hierdie kategorie regte waarskynlik nie in klassiek-liberale (Westerse) regsdenke nie maar eerder in meer sosialisties georiënteerde benaderings nesskrop.[141] Regstellingsmeganismes is egter meesal uitsonderings op die reëls waarvolgens 'n tipies Westers-liberale samelewing normaalweg funksioneer . . . en, bygesê, die reëls word deur funksionarisse met sosiale mag en aansien neergelê.

Die Ou Israelitiese samelewing kan nie sonder meer 'n model vir die inrigting van 'n egalitêre samelewing in die moderne sin van die woord wees nie. Wat wel egter uit sowel die norm- as die regterlike struktuur van daardie samelewing duidelik is, is dat verreikende sosiale ongelykhede nie slegs "by nabaat" uitgeskakel of reggestel hoef te (probeer) word nie, maar dat hulle ook by voorbaat voorkom – en dat regsnorme op sodanige voorkoming afgestem – kan word.

9 SLOTOPMERKINGS

Dit is duidelik dat daar, soos te verwagte is, aanmerklike verskille maar ook (selfs onverwags) treffende ooreenkomste tussen Ou Israelitiese en moderne Westerse reg en geregtigheidsidees en -praktyke bestaan.

In hoeverre daar ooreenkomste bestaan omdat in alle samelewings sekere algemeen-menslike "reëls van die spel" eerbiedig word, is nie 'n uitgemaakte saak nie. Die ervaring van regsetnoloë dui egter daarop dat 'n mens versigtig moet wees om bloot uit kragte van "algemene menslikheid" finale afleidings oor ooreenkomste tussen regstelsels te maak.

Vanuit 'n eksistensiële vergelykingsperspektief hou dit wat Matthew Arnold oor die *feit* – en nie noodwendig die aard, omvang en kwaliteit nie – van Hebraïstiese invloede op die moderne Westerse beskawing beweer, waarskynlik steek. Moderne regsfilosowe soos Del Vecchio[142] en Stone[143] wat hierdie gevolgtrekking steun, het daarom waarskynlik ook gelyk.

Die opvatting dat die Romeinse (en miskien ook die antiek Griekse) regsbeskawing(s) die oorwegende (selfs uitsluitlike) historiese wieg van Westerse reg (en bygevolg ook "die Suid-Afrikaanse reg") is, is té eng. Boonop ontneem die neiging om die Ou Israelitiese groeibodem van die Westerse regskultuur te ignoreer, Suid-Afrikaanse regsgeleerdes en regstudente 'n waardevolle geleentheid om regsetnologies met 'n "andersoortige regstelsel" – en in die besonder 'n ongedifferensieerde, teokratiese regsorde – om te gaan. So 'n omgaan kan besonder bevorderlik wees vir 'n beter verstaan van die kernkenmerke van die eie regskultuur en van die grondslae waarop dit rus.

---

139 *Ethika Nikomacheia* 1137b.
140 *Negative Dialektik* (1966) 302.
141 Henkin "The internationalization of human rights" in Henkel, Frankel en Dworkin (reds) *Human rights: a symposium* (1976) 6.
142 *Justice* 5–6.
143 *Human law* 9 18–30.

AANTEKENINGE

ENKELE ASPEKTE VAN DIE STATUTÊRE BEHEER OOR DIE MAKSIMUM LEDETAL VAN 'N BESLOTE KORPORASIE

In 'n vorige aantekening is die statutêre voorskrifte aangaande die minimum ledetal van 'n maatskappy van naderby beskou (De Koker en Henning "Enkele aspekte van die statutêre beheer oor die minimum ledetal van 'n maatskappy" 1990 *THRHR* 375 ev). In aansluiting daarby word enkele aspekte van die beheer oor die maksimum ledetal van 'n beslote korporasie in hierdie aantekening ondersoek.

1 Die beslote korporasie as ondernemingsvorm

Deur die daarstelling van die beslote korporasie is 'n eenvoudige en goedkoop ondernemingsvorm aan die enkele ondernemer of 'n klein groepie ondernemers beskikbaar gestel (Cilliers en Benade (reds) *Korporatiewe reg* (1987) 535; Delport en Pretorius *Introduction to the Close Corporation Act* (1989) 1; Malan *Beslote korporasiereg* (1986) 2; Naudé "Beslote korporasie: die voorgestelde ondernemingsvorm vir kleinsake" 1983 *MB* 63; Oosthuizen *Beslote korporasies* (1986) 2–3). Die beslote korporasie bied aan sy lede die voordele van regspersoonlikheid tesame met 'n prakties onbeperkte vermoë en bevoegdhede (a 2 van die Wet op Beslote Korporasies 69 van 1984 (die "Wet op Beslote Korporasies")). Die lede geniet ook 'n aansienlike mate van vryheid om hulle regte en verpligtinge *inter se* deur onderlinge ooreenkoms te reël, terwyl die korporasie aan slegs 'n beperkte aantal nodige statutêre beheermaatreëls onderworpe is.

Een van die min beperkings wat wel op die beslote korporasie geplaas word, is 'n beperking op sy ledetal. Ingevolge artikel 28 van die Wet op Beslote Korporasies kan 'n korporasie by sy inlywing een of meer lede hê, maar die ledetal mag op geen tydstip tien oorskry nie.

Die Vaste Advieskomitee oor Maatskappyereg het reeds aangedui dat hulle vertoë ontvang het om die maksimum toelaatbare ledetal te heroorweeg en dat hulle kommentaar in hierdie verband inwag ("Toekomstige ontwikkeling van die maatskappyereg", persverklaring uitgereik op 1989–06–15 par 4(a)). Hulle het verder verklaar dat hulle wysigings met betrekking tot die sanksie vir die oortreding van hierdie beperking oorweeg ten einde die billikheid en die doeltreffendheid daarvan te verhoog (par 4(c)(ii)).

As bydrae tot hierdie debat word daar in hierdie aantekening nader gefokus op die regverdiging vir die beperking, die regverdigbaarheid van die ledetal waarop besluit is en die effektiwiteit van die afdwinging daarvan.

2 Die beperking op ledetal in die ondernemingsreg

'n Beperking op die ledetal van 'n ondernemingsvorm is nie vreemd aan die ondernemingsreg nie.

In 'n vorige aantekening (De Koker en Henning 1990 *THRHR* 375 ev) is daar kortliks op die geskiedenis van die statutêre beperking op die ledetal van 'n vennootskap gewys. Die maksimum ledetal van twintig, wat arbitrêr bepaal was, vind vandag nog aanwendig as 'n breë beperking in die Suid-Afrikaanse ondernemingsreg. Artikel 30(1) van die Maatskappywet 61 van 1973 (die "Maatskappywet") bepaal dat geen maatskappy, vereniging, sindikaat of vennootskap wat 'n winsoogmerk het, in Suid-Afrika toegelaat sal of opgerig mag word indien dit meer as twintig lede het nie. Van hierdie verbod word uitgesonder maatskappye wat ingevolge die Maatskappywet, of verenigings van persone wat ingevolge 'n ander wet of voor 31 Mei 1962 ingevolge 'n Patentbrief of Koninklike Oktrooi opgerig is. Georganiseerde beroepe kan egter kragtens artikel 30(2) van hierdie beperking vrygestel word.

'n Vereniging wat hierdie verbod oortree, verval en word nietig (Meskin *Henochsberg on the Companies Act* (1985) 43; *South African Flour Millers' Mutual Association v Rutowitz Flour Mills Ltd* 1938 CPD 199 208; *R v Twala* 1952 2 SA 599 (A) 606D; *Suid-Westelike Transvaalse Landbou-Koöperasie Bpk v Phambili African Traders Association* 1976 3 SA 687 (Tk); *Wakefield v ASA Seeds (Pvt) Ltd* 1976 4 SA 806 (R) 809H). So 'n vereniging herleef ook nie weer outomaties indien sy ledetal benede twintig daal nie (*South African Flour Millers' Mutual Association v Rutowitz Flour Mills Ltd supra* 208).

Artikel 20(1)(b) van die Maatskappywet plaas ook 'n beperking op die ledetal van 'n private maatskappy. Behoudens sekere uitsonderings ten aansien van werknemers van die maatskappy, mag die ledetal van so 'n maatskappy nie vyftig oorskry nie. Indien die ledetal van 'n private maatskappy vyftig oorskry, word hy net soos 'n publieke maatskappy verplig om sy finansiële jaarstate te openbaar (20(4) van die Maatskappywet). Indien die maatskappy egter 'n hof kan oortuig dat die oorskryding onopsetlik was, of dat daar 'n afdoende rede daarvoor is, of dat dit reg en billik is om regshulp te verleen, kan 'n hof so 'n maatskappy van hierdie openbaarmakingsverpligting vrystel (a 20(4) van die Maatskappywet).

Die beperking op die ledetal van private maatskappye het gespruit uit 'n poging van die Engelse wetgewer om te bepaal watter maatskappye as klein maatskappye sou kwalifiseer en om hulle van groot, publieke maatskappye te onderskei (Ribbens *The personal fiduciary character of members' inter se relations in the incorporated partnership* (1988) 64). Die bepaling van die maksimum van vyftig was ook in hierdie geval arbitrêr. Ribbens (64) wys byvoorbeeld daarop dat 'n maksimum ledetal van dertig aanvanklik deur die Loreburn-komitee aanbeveel was.

3 Die regverdiging vir die beperking van die ledetal van 'n beslote korporasie

Twee redes word algemeen vir die beperking op die ledetal van 'n beslote korporasie aangevoer:

3 1 Klein ondernemingsvorm

Die voorstanders van die beperking op die ledetal voer eerstens aan dat die beperking nodig is om die beslote korporasie 'n "klein" ondernemingsvorm te hou.

Hierdie teorie hou egter nie steek nie. Die grootte van die ledetal is beslis nie die belangrikste kriterium om te bepaal of 'n onderneming as "klein" beskryf kan word nie. Die omset van die onderneming, die kapitaal wat daarin belê is, sy aantal werknèmers en die waarde van sy bates is tog ook geldige kriteria wat in aanmerking geneem behoort te word (sien Cilliers, Benade, Oosthuizen en De la Rey *Close corporations: a comprehensive guide* (1989) 24; Ribbens "Quo vadis corporate personality and partnership: why not the incorporated partnership proper?" 1983 *TSAR* 203–205).

Aangesien daar nie op een van die ander elemente 'n beperking geplaas word nie, kan daar tog nie aangevoer word dat die ledetal van die korporasie beperk is net omdat die wetgewer die grootte van die onderneming wou beperk nie.

3 2 Bestuur van die korporasie

Die tweede rede vir die beperking word gevind in die afwesigheid van 'n skeiding tussen eienaarskap en beheer in 'n beslote korporasie.

Die afwesigheid van 'n skeiding tussen die bestuur en eienaarskap van 'n beslote korporasie beteken dat die eienaarskap van 'n ledebelang in beginsel aan 'n korporateur bestuursregte ten aansien van daardie korporasie verleen. Hierdie bevoegdhede van 'n korporateur staan in teenstelling met die bestuursbevoegdhede van 'n aandeelhouer in 'n maatskappy wat, as aandeelhouer, oor geen bestuursregte ten aansien van daardie maatskappy beskik nie. Aparte organe soos die algemene vergadering en die direksie van die maatskappy beskik oor daardie bestuursregte (Cilliers en Benade *Korporatiewe reg* 170; Farrar, Furey, Hannigan en Wylie *Farrar's company law* (1988) 275 ev; Sealy *Cases and materials in company law* (1985) 164 ev).

Omdat al die korporateurs in beginsel aan die bestuur van die beslote korporasie kan deelneem, word aangevoer dat die korporasie slegs suksesvol en effektief bestuur word indien die korporasie 'n beperkte ledetal het.

Eienaarskap en bestuursbevoegdhede is egter nie noodwendig van mekaar geskei in 'n beslote korporasie nie. Artikel 46 van die Wet op Beslote Korporasies verleen die bevoegdheid aan korporateurs om ooreen te kom dat enkeles of selfs net een uit hulle geledere al die bestuursregte ten aansien van daardie korporasie sal geniet. Die bestuursregte kan selfs aan 'n buitestaander verleen word en hy tree dan as 'n bestuurder van daardie korporasie op. Op hierdie wyse word daar, deur onderlinge ooreenkoms, 'n skeiding tussen eienaarskap en beheer in die korporasie bewerkstellig.

Statutêr word daar egter ook in sommige gevalle 'n skeiding afgedwing. Artikel 47 van die Wet op Beslote Korporasies bepaal dat sekere korporateurs, waaronder handelingsonbevoegdes, ongerehabiliteerde insolvente en persone wat gediskwalifiseer is om as direkteure van maatskappye op te tree, behoudens sekere uitsonderings, nooit aan die bestuur van die besigheid van 'n korporasie mag deelneem nie. Waar so 'n persoon 'n lid van 'n korporasie is, is daar dus wat daardie persoon betref 'n outomatiese statutêre skeiding tussen eienaarskap en beheer in daardie korporasie.

In die gevalle waar daar so 'n skeiding bestaan, val die beperking op die ledetal skerp in die oog. Indien die regverdiging vir die beperking van die ledetal in die skeiding tussen eienaarskap en beheer geleë is, is dit natuurlik om in gevalle waar so 'n skeiding afwesig is, die relevansie van die beperking te betwyfel.

In die geval waar die skeiding wel reëlmatig afwesig is, kan daar ook vrae oor die regverdigbaarheid van die beperking op die ledetal gestel word. Die uitgangspunt van die wetgewer was om so min as moontlik beperkinge aan die korporateurs op te dring en hulle sodoende in staat te stel om 'n eiesoortige reëling vir die dryf van hulle besigheid te tref. Die beperking op die ledetal impliseer egter 'n voorveronderstelling aan die kant van die wetgewer dat die korporateurs nie daarin kan slaag om 'n bevredigende bestuursreëling te tref indien hulle meer as tien is nie.

Die grondigheid van hierdie voorveronderstelling kan betwyfel word. Die skeiding tussen eienaarskap en beheer is byvoorbeeld ook by die vennootskap afwesig. Tog funksioneer vennootskappe van twintig lede, en selfs groter vennootskappe waar die nodige toestemming kragtens artikel 30(2) van die Maatskappywet verleen is, klaarblyklik bevredigend. Daar het nog nie stemme opgegaan dat die maksimum ledetal van die vennootskap tot tien verlaag moet word as gevolg van groter vennootskappe se bestuursprobleme nie. Die sukses van hulle funksionering behoort die vrese van die wetgewer te besweer en hom te oortuig dat meer as tien persone in 'n onderneming wel daarin kan slaag om onderling 'n suksesvolle bestuursreëling te tref.

Dit blyk dus dat ook hierdie regverdiging vir die beperking op die ledetal nie werklik geldig is nie. In die lig van die problematiek aangaande die regverdiging vir hierdie beperking, is dit duidelik dat 'n besinning aangaande die behoud van die beperking op die ledetal wenslik is.

Afgesien van die dilemma met betrekking tot die regverdiging van die beperking, bestaan daar ook probleme in verband met die praktiese toepassing daarvan. Vervolgens word daar na enkele aspekte hiervan gekyk.

4 Die ledetal

Die keuse van tien as maksimum ledetal vir 'n beslote korporasie was arbitrêr. Naudé (1983 *MB* 64) wys byvoorbeeld daarop dat ledetalle van vyf, tien en, in ooreenstemming met die private maatskappy, vyftig oorweeg is. In die konsepwetsontwerp op beslote korporasies is die ledetal op twintig vasgestel (kl 32; Henning "Die beslote korporasie se rasse skrede vooruit" 1987 *TRW* 105 vn 10). Die uiteindelike keuse van tien was waarskynlik deels beïnvloed deur dieselfde maksimum ledetal wat Gower vir 'n voorgestelde klein Engelse ondernemingsvorm aanbeveel het in sy "Code for incorporated firms", 'n aanhangsel tot die dokument "A new form of incorporation for small firms" wat gedurende 1981 aan die Britse parlement voorgelê is (Cmnd 8171).

Die keuse van 'n maksimum ledetal van 'n ondernemingsvorm is nie 'n benydenswaardige taak nie. Dit is waarskynlik onmoontlik om in die uitoefening van die keuse aan 'n mate van arbitrêre optrede te ontsnap en die keuse sal dus altyd aan kritiek onderworpe wees. Kritiek op die keuse van tien het dan ook nie uitgebly nie (Cilliers, Benade, Oosthuizen en De la Rey *Close corporations: a comprehensive guide* 24; Oosthuizen *Beslote korporasies* 18; Ribbens "Die Wet op Beslote Korporasies" 1984 *De Rebus* 403).

Die keuse van die getal tien val veral vreemd op omdat artikel 30 van die Maatskappywet 'n ledetal van twintig as 'n omvattende skeidslyn in die ondernemingsreg gebruik. Die beslote korporasie lyk dus ietwat uit tred met die ander ondernemingsvorme.

Billikerwys moet egter daarop gewys word dat die praktyk tot dusver uitgewys het dat die beperking van die ledetal tot tien die gebruik van hierdie ondernemingsvorm nie ernstig strem nie. Gedurende Maart 1990 was daar na raming reeds ongeveer 140 000 beslote korporasies geregistreer. Namate die kleiner korporasies egter geleidelik begin groei, behoort knelpunte, soos die perk op die ledetal wat hierdie groei aan bande kan lê, hulle te begin toon. Die Vaste Advieskomitee op Maatskappyereg skenk dus met reg aandag aan hierdie vraagstuk (sien par 1).

5 Die effektiwiteit van die afdwinging van die beperking op ledetal

Om die beperking op ledetal af te dwing, maak die wetgewer van persoonlike aanspreeklikheid gebruik. Wanneer die ledetal van die korporasie tien oorskry, tree artikel 63(c) van die Wet op Beslote Korporasies in werking:

> "[W]aar die aantal lede van die korporasie die maksimum in artikel 28 vermeld vir 'n tydperk van ses maande oorskry, is elke sodanige lid aldus [dws gesamentlik en afsonderlik saam met die korporasie] aanspreeklik vir elke skuld van die korporasie opgeloop het terwyl die aantal lede aldus sodanige maksimum oorskry het of aanhou om dit te oorskry."

Om 'n persoon kragtens artikel 63(c) aanspreeklik te stel moet:

(a) die ledetal van die korporasie tien oorskry het;

(b) vir 'n tydperk van ses maande; en

(c) moet die aangespreekte na die verstryking van die ses maande-tydperk 'n lid van die korporasie wees.

5 1 Ses maande grasietydperk

Dit is opvallend dat die wetgewer die lede ses maande gun om die oorskryding van die maksimum ledetal reg te stel.

Om lidmaatskap van 'n korporasie te verkry, word onder andere vereis dat 'n stigtingsverklaring met die lede se besonderhede geregistreer word (a 29(3)(a) van die Wet op Beslote Korporasies). Die wetgewer bied dus die korporasie die geleentheid om so 'n verklaring te registreer *en* vir ses maande met meer as tien lede te funksioneer. Hierdie vergunning ondermyn beslis die effektiwiteit van die verbod.

Die rede vir hierdie grasietydperk kan waarskynlik in die maatskappyereg gevind word. Artikel 66 van die Maatskappywet vereis dat 'n publieke maatskappy 'n minimum ledetal van sewe moet hê. Indien die ledetal benede sewe daal, word die lede 'n grasietydperk van ses maande gegun om weer aan hulle verpligting te voldoen. Hierdie grasietydperk vervul egter 'n belangrike rol. Een lid se dood kan byvoorbeeld die ledetal van 'n publieke maatskappy met sewe lede onmiddellik benede die vereiste minimum laat daal. Sonder 'n grasietydperk sal die oorblywende lede outomaties aan persoonlike aanspreeklikheid blootgestel wees. Billikheidshalwe word daar dus 'n grasietydperk van ses maande aan die lede verleen om die ledetal te herstel (De Koker en Henning 1990 *THRHR* 375 ev).

In die geval van 'n korporasie kan die ledetal egter nie outomaties die maksimum oorskry nie. Die registrasiehandeling is een van die vereistes vir lidmaatskap. Die grasietydperk is dus ontoepaslik ten opsigte van beslote korporasies en ondermyn bloot die effektiwiteit van die verbod.

Dit is interessant dat die grasietydperk in die konsepwetsontwerp op beslote korporasies ontbreek het (kl 67(c)), met die gevolg dat die oorskryding onmiddellik tot persoonlike aanspreeklikheid gelei het. Daar word aan die hand gedoen dat so 'n reëling meer effektief sal wees om die oorskryding van die korporasie se ledetal te verhoed.

5 2 Die geldigheid van lidmaatskap by oorskryding van die maksimum ledetal

Artikel 28 verbied 'n oorskryding van die maksimum ledetal, maar verklaar nie die lidmaatskap van so 'n elfde lid uitdruklik nietig nie. Wat is die regsposisie van so 'n lid?

Aangesien die wet nie 'n uitdruklike bepaling aangaande die geldigheid van so 'n korporateur se lidmaatskap bevat nie, moet die bedoeling van die wetgewer deur middel van wetsuitleg gepeil word (Steyn *Die uitleg van wette* (1981) 192).

Artikel 28 van die Wet op Beslote Korporasies bepaal:

> " 'n Korporasie kan by sy inlywing een of meer lede hê, maar op geen tydstip mag die ledetal tien oorskry nie."

Indien slegs na artikel 28 gekyk word, is die gebruik van die woorde "niemand mag" aanduidend van 'n nietigheidsbedoeling (*idem* 197). Hierdie aanduiding is nogtans nie deurslaggewend nie (*idem* 196).

'n Sterker aanduiding word in artikel 63 gevind. Artikel 63(c) verwys uitdruklik na die aanspreeklikheid van elke *lid* vir die skulde opgeloop terwyl die aantal *lede* die maksimum ledetal oorskry. Deurdat die wetgewer na al die aanspreeklikes as *lede* verwys, bevestig hy in der waarheid die geldigheid van elkeen se lidmaatskap.

Artikel 63(d) verskaf ook 'n waardevolle aanduiding. Hierdie subartikel stel 'n regspersoon en 'n trustee mede-aanspreeklik vir die skulde van die korporasie indien hulle poog om 'n ledebelang in 'n korporasie te hou. Die artikel bepaal uitdruklik dat hulle aanspreeklik gehou word "ondanks die ongeldigheid van die hou van so 'n belang".

Aangesien beide sanksies gelykluidend verwoord is, is dit opvallend dat 'n ooreenstemmende bevestiging van die nietigheid van die elfde lid se lidmaatskap in artikel 63(c) ontbreek. Hieruit kan afgelei word dat die oorskrydende lid se lidmaatskap nie nietig is nie. Die enigste gevolg van die oorskryding is uiteindelike mede-aanspreeklikheid vir die skulde van die korporasie.

'n Korporasie kan dus 'n onbeperkte aantal lede hê. Meer as tien lede mag egter net nie 'n korporasie oprig nie (a 2 van die Wet op Beslote Korporasies). Aangesien 'n beslote korporasie ingevolge " 'n wet" opgerig is, word sy ledetal ook nie deur artikel 30 van die Maatskappywet aan bande gelê nie.

Gedurende die eerste ses maande waartydens die ledetal tien oorskry, is daar geen sanksie wat die lede tref nie. Eers na afloop van hierdie tydperk tree persoonlike aanspreeklikheid in. Die korporateurs sal dus alle voordele van regspersoonlikheid behalwe beperkte aanspreeklikheid geniet. Die praktiese gevare wat persoonlike aanspreeklikheid vir 'n korporateur inhou, sal van geval tot

geval gepeil moet word. Indien die korporasie egter kapitaalkragtig is, het die korporateurs die gerusstelling dat die skuldeisers in die praktyk die korporasie sal aanspreek.

Hoewel 'n lid wat aangespreek word nie noodwendig oor 'n verhaalsreg teen sy mede-aanspreeklikes beskik nie (sien De Koker en Henning 1990 *THRHR* 375 ev) is daar ook niks wat die lede verhoed om onderling of met die korporasie 'n verhaalsreg te beding nie. Aangesien die oorskryding van die maksimum ledetal nie nietig is of 'n misdryf daarstel nie, behoort so 'n ooreenkoms geoorloof te wees. Op hierdie wyse word die risiko wat die afwesigheid van 'n beperking op aanspreeklikheid sal inhou, selfs verder verklein.

Dit is duidelik dat die beperking op die ledetal nie besonder effektief is nie. Die enigste risiko wat 'n oorskryding inhou, is persoonlike aanspreeklikheid. Soos uiteengesit is, is dit nie noodwendig 'n wesenlike risiko nie en kan dit op verskeie wyses verklein word. Gedurende die eerste ses maande van die oorskryding is hierdie risiko selfs totaal afwesig.

6 Slot

Die Vaste Advieskomitee oor Maatskappyereg het reeds aangedui dat hulle graag kommentaar rakende die maksimum toelaatbare aantal lede van 'n korporasie sal ontvang en dat hulle die effektiwiteit van die afdwinging van die beperking wil verhoog (sien par 1).

Dit is verblydend dat aspekte van hierdie beperking aandag geniet. Daar word egter aan die hand gedoen dat die Vaste Advieskomitee aandag behoort te skenk aan die vraag of 'n maksimum ledetal hoegenaamd vir 'n beslote korporasie behou moet word. Slegs indien hierdie vraag bevestigend beantwoord word, sal dit nodig wees om aandag te skenk aan praktiese probleme, soos die omvang van die ledetal en die billikheid en die effektiwiteit van die beskerming daarvan.

L DE KOKER
JJ HENNING
Sentrum vir Ondernemingsreg
Universiteit van die Oranje-Vrystaat

A LEGAL PRACTITIONER'S LIABILITY TOWARDS A CLIENT'S ADVERSARY

It seems incongruous to suggest that, in addition to duties which a legal practitioner owes his or her client, a duty not to harm the client's adversary also exists. In *Al-Kandari v JR Brown & Co* (1988) 2 WLR 671 (CA) the court felt that as far as opponents are concerned,

> "in the context of 'hostile litigation', public policy will usually require that a solicitor be protected from a claim in negligence . . ." (675B).

Indeed, the maintenance of the adversarial system of justice suggests that there should be no liability (*German v Major* (1985) 20 DLR 4d 703 (Alta CA) 717–718). However, courts have awarded damages to adversaries in a number of instances,

irrespective of whether litigious or non-litigious matters were involved. In these instances the courts were not concerned with the expected losses, such as attorney and client costs, but with the additional unnecessary expenses which were incurred as a result of the lawyer's negligent conduct.

The general rule was set out by Megarry VC in *Ross v Caunters* ((1980) Ch 297 322; see also *Savings Bank v Ward* 100 US 195 (1879) 200):

> "In broad terms, a solicitor's duty to his client is to do for him all that he properly can, with, of course, proper care and attention . . . The solicitor owes no such duty to those who are not his clients. He is no guardian of their interests. What he does for his client may be hostile and injurious to their interests; and some times the greater the injuries the better he will have served his client. The duty owed by a solicitor to a third party is entirely different. There is no trace of a wide and general duty to do all that properly can be done for him. Instead . . . there is merely a duty, owed to him as well as the client, to use proper care in carrying out the client's instructions . . ."

Where litigation is involved, a lawyer's duty should not, as a rule, extend beyond his client (*New Zealand Social Credit Political League Inc v O'Brien* (1984) 1 NZLR 84 (CA) 87 97). However, the duty to the third party is wider than set out above. Hill ("Litigation and negligence: a comparative study" 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 198) argues that

> "a practitioner should be liable to any third party if he knew or ought to have known that the negligent conduct of litigation would be likely to prejudice that person as an individual, rather than as a member of an indiscriminate class".

There seems to be merit in Hill's suggestion, for as Forder and Julyan ("The attorney's duty towards his opponent in litigation" 1988 *De Rebus* 423) point out, in such cases the loss is neither recurring nor infinite: the only factor which could militate against the recognition of a duty is "the possible existence of a conflict of interest". Moreover, if a claim were allowed in every instance, the policy of granting plaintiffs free access to the courts is likely to be subverted (*Tappen v Ager* 599 F 2d 376 (1979) 379) and lawyers may be influenced not to pursue clients' claims as vigorously as professional ethics permit (*Warton v Hines* 49 Cal App 3d 917, 123 Cal Rptr 237 (1975)).

In *New Zealand Social Credit Political League Inc v O'Brien* (*supra*) the court protected a lawyer who had drafted pleadings containing allegations for which there were no reasonable grounds. However, the position may be different in South African law and it is submitted that liability should arise if the drafter of pleadings was aware that no grounds existed for allegations contained in them. Such knowledge would constitute "exceptional circumstances". In *Barlow Rand Ltd t/a Barlow Noordelike Masjinerie Maatskappy v Lebos* 1985 4 SA 341 (T) the court rejected counsel's submission that no duty is owed to his client's adversary as being too general and far-reaching (345E–H). Myburgh AJ held that the attorney had a duty to disclose to his client's opponents that his client was an unrehabilitated insolvent, in order to prevent wasted costs. This principle conforms to a French decision where the Dijon court of appeal ruled that liability towards a client's opponent arises where the *avocat* acts without authority or persuades the client to bring the action in order to prejudice the plaintiff (Dijon 7 mar 1939, DH 1939.442, cited by Hill *op cit* 195). Unfortunately the court in the *Barlow Rand* case did not indicate reasons for its conclusion. Forder and Julyan (*loc cit*) suggest that social policy favoured the plaintiff:

> "The plaintiff was concerned only to recover debts owing and had it been informed of the debtors' insolvency would have withdrawn the actions and so not incurred the legal

> costs it now sought to recover. The attorney's interest was in his duty to his clients to have their legal proceedings settled with due dispatch."

Further guidance may be obtained from foreign decisions. In an early English case, *Blundell v Blundell* (1822) 5 B & Ald 533, 106 ER 1286, solicitors were held to have owed a duty to their clients' opponents to conduct litigation in good faith and not to misuse the legal process. A similar view was expressed by Lord Denning in *Kelly v London Transport Executive* (1982) 1 WLR 1055 (CA), namely that a solicitor is under a duty, not only to his client, but also to the client's adversary, to ensure that the litigation is conducted in good faith. Any breach of that duty will render him liable to make good any loss or expense caused to the other party. He must also consider the position of the other side and should not use the threat of costs, especially where his client is receiving legal aid, to extort a settlement (1064). Counsel is under a similar duty and has no immunity from suit in such a case (1065C).

However, *Kelly's* case was not followed in *Orchard v South East Electricity Board* (1987) 1 All ER 95 (CA). The court of appeal held that a member of the bar owes no independent duty to his client's opponent and doubted whether such a duty was owed by solicitors (99). A similar attitude was taken in *Business Computers International v Registrar of Companies* (1987) 3 All ER 465 where the court held that the litigant did not owe a duty of care to the opposing party. In this instance the court refused to award damages for loss of reputation and goodwill where a company was wound up after the petition had been served at an incorrect address.

There are strong arguments against extending liability in adversarial situations, for although harm is foreseeable,

> "[t]here are serious difficulties involved in the concept that a solicitor may owe a duty of care to any person other than his client in the discharge of his client's instructions. The result may well be the existence of conflicting duties" (*Seale v Perry* (1982) VR 193 199).

(See also *Bowman v John Doe Two* 104 Wash 2d 181, 704 P 2d 140 (1985) 144; Grant and Rothstein *Lawyers' professional liability* (1989) 53).) The contract between attorney and client is intended to affect the opponent adversely and if liability were imposed, an undue burden would be placed on the profession to consider and balance various duties before acting for a client. In *Friedman v Dozorc* 412 Mich 1, 312 NW 2d 585 (1981) the Michigan supreme court refused a claim on the ground that a duty towards an adversary would create an unacceptable conflict of interest. The third party had been a successful defendant in a previous case in which the attorney had represented the plaintiff. The third party's subsequent claim against the attorney for having negligently instituted action against him was dismissed. The Illinois court of appeal came to a similar conclusion in *Pelham v Griesheimer* 93 Ill App 3d 751, 49 Ill Dec 192, 417 NE 2d 882 (1981), where minor children sued an attorney who had represented their mother in a divorce case. The attorney had failed to ensure that the children had been named beneficiaries in a life insurance policy as stipulated in the divorce order. In discussing the claim, Reinhard J stated (886):

> "The determination of the duty question requires the court to weigh several factors, such as the foreseeability of the occurrence, the likelihood of injury, the magnitude of the burden of guarding against it and the consequences of placing that burden upon the defendant . . .
>
> While the injury which befell plaintiffs was reasonably likely and foreseeable given allegations of defendant's failure to take steps to ensure compliance with the insurance

> provision of the divorce decree, and while the burden of guarding against the injury is not oppressive, we feel that placing that burden on defendant, and other attorneys in this state, would lead to undesirable consequences, not the least of which would be potential conflicts of interest between an attorney and his client and less than vigorous representation of the client."

A crucial factor is the potential existence of a conflict between the interests of the client and those of the opponent. It should be remembered, however, that a practitioner's duty to maintain the proper administration of justice overrides any duty to the client. Thus in circumstances where the duty to the adversary corresponds exactly to the overriding duty to the court and public, the practitioner will be unable to allege the existence of a potential conflict. Similarly, no conflict arises where it is alleged that litigation was not conducted in good faith, for the duty to litigate in good faith is owed to the court, the client and to the adversary.

The same principles should apply in respect of non-litigious work. Grant and Rothstein (*op cit* 47–50) distinguish instances in which a third party is unrepresented and those where the third party has been advised independently. They point out that courts are more likely to hold that a legal duty is owed to the non-client in the former category than in the latter. This is, however, not a rigid rule. Much will depend upon whether the lawyer knows that a third party will rely on his conduct: for example, where he undertakes to perform certain duties.

Where a lawyer makes representations which are relied upon by an adversary, there is no need to deviate much from the usual criteria for delictual liability. These principles are not to be construed so narrowly as to exclude lawyers (*Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 472). As a general rule, a lawyer who intentionally or negligently misrepresents a fact or situation to a third party acts unlawfully (*Perlman v Zoutendyk* 1934 CPD 151; *Suid-Afrikaanse Bantoetrust v Ross en Jacobz* 1977 3 SA 184 (T); *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A); Boberg *The law of delict* (1984, revised reprint 1989) 58 *et seq* 103 *et seq*). For example, liability for negligent conduct should arise where incorrect legal advice is given during negotiations to someone other than the client where the defendant knows that the plaintiff would be affected by the advice. The harm is foreseeable and the defendant alone is in a position to prevent future harm. Undue burden on the profession is unlikely: no conflict of interest arises.

In *Leite GFM v Leandy and Partners* 1989 (2) PH F18 (D) an attorney prepared an agreement of sale. One of the parties to the contract was a regular client of the attorney. The other party, the plaintiff, was unrepresented. The plaintiff alleged that the attorney had a duty to advise her in such a way as to protect her interests or, alternatively, to advise her to seek independent legal advice. However, a finding on this aspect was unnecessary. Assuming, without deciding, that such a legal duty exists in our law, Page J held that the duty merely requires the attorney to act fairly to both parties:

> "If he can do so effectively by fully explaining the import and consequences of the agreement to the unrepresented party, he will discharge that duty by so doing. If, however, he cannot or may not be able to discharge that duty through his own efforts, he should recommend to the unrepresented party that he seek independent legal advice.
>
> [There is no] obligation of whatsoever nature to advise the unrepresented party what he should do in the sense of telling him whether or not he should agree to a particular provision. The duty involves explaining the provision so that the unrepresented party may decide for himself with a full awareness of its implications."

Page J's attitude differs from that expressed in *Kruger v Downer* 1976 3 SA 172 (W) 179B–C where Margo J took the view that an attorney's clerk who had incorrectly drawn a title deed owed the opponent no fiduciary duty and that

> "[t]hose who are content to leave their affairs to chance cannot complain if the law is unable to assist them".

Kruger's case concerned rectification, not damages, and a fiduciary duty is not synonymous with a legal duty. Page J's view therefore seems preferable and accords more with justice. If a client's conduct is also a relevant consideration, it should be regarded as constituting contributory negligence and should not negate the claim entirely.

There are instances in which liability will arise despite the existence of a possible conflict of duties. In *Tracy v Atkins* (1980) 105 DLR 3d 632 (BCCA) a lawyer who was retained by the purchaser, undertook to carry out the conveyancing work which is normally done by a vendor's solicitor. The court held that this created a sufficient relationship of proximity with the vendors for a duty of care to have arisen. The lawyer knew or ought to have known that the vendors might rely on him to protect their interests. In *McEvoy v Helikson* 277 Or 781, 562 P 2d 540 (1977), a man successfully sued his former wife's attorney, who had agreed to keep the wife's and children's passports. The attorney, in violation of the agreement, had given the passports to the wife, who then took the children out of the country. A similar conclusion was reached in *Al-Kandari v JR Brown & Co* (*supra*), in which the court found that by voluntarily agreeing to hold their client's passport, the solicitors had accepted responsibilities towards the plaintiff (675). The court *a quo* ((1987) 2 All ER 302 308) cited another instance in which a duty may arise, namely, where attorneys undertake to retain money which would normally be released to their clients. Instances where attorneys act on behalf of both parties in property transactions (*Wilson v Bloomfield* (1979) 124 *The Solicitors' Journal* 860), also come to mind, but, whatever the factual situation, the principles remain the same: if one assumes the duty, one cannot raise conflict of interest in order to defeat a claim.

Although it appears that practitioners face a daunting task in having to consider the interests of persons other than their clients, the position is not too gloomy. Adherence to the provisions of the relevant codes of conduct will in most cases amount to sufficient preventative action. The only area in which additional precautions need to be taken concerns work involving conflict of interest. Since it is not unethical for a practitioner to agree to represent both sides in a transaction or a dispute, special care should be exercised in these instances.

JR MIDGLEY
Rhodes University

REGSOBJEKTE SONDER EKONOMIESE WAARDE EN DIE IRRASIONELE BY REGSDENKE

1 Inleiding

In 'n kommentaar op 'n aantekening wat ek geskryf het oor die regsubjektiwiteit van die dier ("Regsubjektiwiteit van die dier" 1984 *THRHR* 334) maak Robinson ("Labuschagne en diere as regsubjekte" 1985 *THRHR* 346) die stelling, met

verwysing na slegs die Nederlandse regsfilosoof Dooyeweerd, dat net dinge wat ekonomiese waarde het vir regsobjektivering vatbaar is. Robinson se verwysing na Dooyeweerd as enigste verwysingsbron het duidelik 'n sterk irrasionele basis. In die onderhawige aantekening word twee probleemvrae aan die orde gestel: (i) Welke irrasionele aspekte beïnvloed die mens se regsuitgangspunte of -denke? In dié verband word in die besonder meer verwys na irrasionele (emosionele of voor-rasionele) faktore wat die regsdenke van die Afrikaner, in die lig van sy besondere (religieuse, sosiale en morele) agtergrond, beïnvloed of beïnvloed het. Aangesien ek self so 'n agtergrond het, kom hierdie uiteensetting (ten minste gedeeltelik) op 'n selfanalise neer. Mense met ander agtergronde het natuurlik ook irrasionele kante wat hulle regsdenke beïnvloed. Dit sal egter moeilik wees vir 'n buitestaander om dit te identifiseer en te analiseer en daarom laat ek dit eerder aan hulle self oor. Meer universele aspekte wat alle mense raak, word egter ook in dié aantekening aan die orde gestel. (ii) Tweedens word die vraag of regsobjekte ekonomiese waarde moet hê, kortliks bespreek.

2 Irrasionele dimensies by regsdenke

2 1 Die sentrale posisie van die vaderfiguur

Die mens het aanvanklik in groepe onder 'n groepleier (*pater*; vader) beweeg. Hierdie vader- of leiersfiguur het sy posisie deur sy fisiese krag en psigiese vernuf bekom. Hy is bykans sonder bevraagtekening deur die groeplede gevolg. Hierdie houding van die groeplede word emosioneel versterk deur die feit dat 'n baba sy ouers as almagtig beleef (sien Freud *Totem und Tabu* (1968-herdruk) 152; Sagan "Religion and magic: a developmental view" 1979 *Sociological Inquiry* 106). Dit is in die lig hiervan dan ook nie snaaks dat monoteïstiese gode in die vorm van vaderfigure ontwikkel is nie. (Vir die redes waarom die man die gesagsposisie beklee het en nie die vrou nie, sien Labuschagne "Regspluralisme, regsakkulturasie en deflorasie in die inheemse reg" 1983 *TSAR* 5–6). Die Calvinisme bestendig en beklemtoon die emosioneel-sentrale posisie van die vaderfiguur in die sin dat God die Vader as almagtig en alwetend beskou word. Hierdie feit reflekteer op al die skakeringe van die menslike lewe. Vandaar die eindelose soeke van die Calvinistiese juris na 'n vader wat die volle waarheid in pag het. Sommige vind hom in Dooyeweerd en ander in, byvoorbeeld, die Amerikaanse Supreme Court of liberale "establishment", die Britse konserwatiewe "establishment" of in die Duitse strafregdogmatiek. Die standpunte van die gevonde vader word dan ook in die reël met groot aggressie en sendingsentoesiasme verdedig en verkondig. Deur die magte wat in 'n mens werksaam is, te identifiseer, word 'n groot tree op die pad na die uiteindelike geestelike losmaking daarvan gegee. Eers dan kan 'n mens emosionele ruimte skep vir jou eie vindingrykheid en individualiteit. Met dié opmerkinge word nie voorgegee dat 'n mens sy godsdienstige oortuiginge moet versaak nie. Inteendeel, selfkennis en selfrealisering kan jou godsdienstige oortuiginge bestendig en versterk.

'n Verdere faktor van belang is die feit dat 'n mens in 'n sekere begrippe- en dogmatiese wêreld ingelei (eintlik: geïndoktrineer) word en dat 'n groot persentasie mense nooit daarin slaag om daarbuite te tree nie. Slegs deur selfkennis en -inspanning kan 'n mens (gedeeltelik?) daarbuite tree (sien Labuschagne "Die normatiewe skuldbegrip" 1985 *De Jure* 381).

2 2 Die boeksindroom

Die vraag word dikwels gestel: "Waarom skryf jy nie 'n boek nie?" Die indruk word hierdeur geskep dat daar iets besonders in die boek as wetenskaplike medium is. Hierdie houding is, as algemene reël en beoordeel uit 'n (meer) rasioneelwetenskaplike oogpunt, deurspek met irrasionaliteit. Trouens, in die geval van natuurwetenskaplike publikasies vind wetenskapsontwikkeling, wat meer eksak en derhalwe meer neutraal is, hoofsaaklik deur middel van bydraes in wetenskaplike tydskrifte plaas. Die wetenskaplike tydskrif is by uitnemendheid 'n medium waarin wetenskaplike diskussie en interaksie kan plaasvind, omdat dit periodiek verskyn terwyl boeke dikwels eenmalig verskyn of eers na verloop van 'n lang tydperk hersien word. Per slot van sake is die publikasiemedium vir die bepaling van wetenskaplike betroubaarheid en kwaliteit irrelevant. Die vraag is: waarom die buitengewone wetenskaplike hoogskatting van die boek by veral die geesteswetenskaplike? Die antwoord op dié vraag is voor die hand liggend: die Bybel is in die vorm van 'n boek en dit is vir die Calvinis die bron van waarheid! Boek simboliseer dus waarheid. Dit is derhalwe te verstane waarom die howe meer geneig is om hulle te beroep op standpunte wat in boeke gestel word as dié wat in tydskrifte aangetref word. Daarom verkry sekere boeke by die howe die "gesag van die Bybel" en word standpunte wat daarin gehuldig word dikwels van 'n voorafgaande evaluering "vrygestel". Hierdie opmerkinge is inderdaad al deur empiriese navorsing geverifieer (sien Rabie "Regbank en akademie" 1983 *De Jure* 22–23).

Verbandhoudend hiermee is die status wat proefskrifte dikwels onder akademici het. Tog sal weinig skrywers van proefskrifte ontken dat hulle dit wat hulle wou sê, eintlik in 'n substansiële artikel of twee sou kon doen. Daar kan afgesluit word met die vraag: sou Dooyeweerd dieselfde (emosioneel-dogmatiese) aansien in sekere kringe gehad het as sy wetenskaplike arbeid bloot in tydskrifartikels (en nie in boeke nie) neerslag gevind het? Ek betwyfel dit.

2 3 Die verwysingsindroom

Die Calvinis aanvaar die Bybel as basis van sy verwysingsraamwerk. Alle waardes moet hiervolgens tot die Bybel herleibaar wees; dus hul gesag daarin vind. Die verwysingsbehoefte beklee derhalwe 'n sentrale plek. Dat hierdie "verwysingsdrang" ook (emosioneel) in die besonder 'n effek sal hê op die waardewetenskappe waarby die regswetenskap ingesluit is, spreek vanself. Ruimte vir uitdie-self-gegenereerde vindingrykheid word hierdeur aansienlik aan bande gelê. Dit benadeel nie alleen wetenskaplike vooruitgang nie, maar ook die mens se selfrealiseringsbehoefte en selfbeeld, omdat sy eie skeppende potensiaal voortdurend onderdruk moet word.

Genoemde verwysingsindroom is ook onekonomies aangesien dit aanleiding gee tot onnodige wetenskaplike opgepofdheid: die werklike punt wat gemaak wil word, word dikwels verdwerg binne omslagtige rasionalisasies en irrelevante strukturele rompslomp.

2 4 Reëloriëntering

Die Bybel verskaf gedragsvoorskrifte, dit wil sê dit lê reëls neer waarvolgens die mens sy gedrag moet rig. Die Calvinistiese regswetenskaplike is hiervolgens dan ook meer reëlgeoriënteerd as mensgeoriënteerd. 'n Studie van die reg is egter

nie in laaste instansie 'n studie van reëls nie, maar 'n studie van mense. Fundamentalisties-dogmatiese godsdiensbenaderinge het dan ook inherent die neiging om tot onmenslike en immorele optredes te lei. As voorbeelde in dié verband kan gekyk word na die optrede van die Katolieke kerk in die Middeleeue, die Afrikaanse susterskerke se propagering en kondonering van apartheidswetgewing en die optrede van die Islamleiers in teenswoordige Iran en Irak.

'n Verdere nadeel van genoemde reëloriëntering is dat reëls (en ook begrippe) voorgehou word as sou hulle 'n vaste en ewiggeldende inhoud hê. Dit vertraag wetenskaplike vooruitgang en belemmer selfrealisering.

2 5 Antroposentrisme

Die Bybel leer dat die mens na God se beeld geskape is en die kroon van die skepping is. Dit het by die mens 'n oordrewe narcissisme en selfbewondering geskep wat die neiging by hom gekweek het om neer te sien op die dier en die res van die natuur. Dit is derhalwe nie snaaks dat kerke (veral as gevolg van die krag van die Christelike "humanisme") relatief onlangs eers begin het om die verantwoordelikheid van die mens teenoor die res van die natuur te beklemtoon nie.

Seker die belangrikste rede waarom (teoreties) ontken word dat die dier regsubjektiwiteit het, nieteenstaande die feit dat 'n analise van die funksionele regswerklikheid daarop dui dat hy reeds (in 'n beperkte sin) regsubjek is, is geleë in genoemde antroposentrisme (sien Labuschagne 1984 *THRHR* 340; Labuschagne en Bekker "Dieremishandeling" 1986 *Obiter* 49).

Hierdie spesisisties-eksklusiewe benadering tot regsubjektiwiteitsvatbaarheid het die onsinnige effek dat 'n bewussynlose "imbesiel" sekere regte het, maar nie 'n dier nie (MacCormick *Legal right and social democracy* (1984) 154). Met dié opmerking word nie voorgegee dat sekere mense nie regte moet hê nie, maar bloot dat die dier (en die natuur in die algemeen) 'n verhoogde regstatus behoort te verkry.

3 Regsobjekte sonder ekonomiese waarde

Die begrip "reg" is 'n menslike skepping en die mens gee daaraan 'n inhoud wat hy goeddink. Die begrip "reg" het derhalwe 'n relatiewe inhoud (sien White *Rights* (1984) 19). Dit kan hiervolgens ook nie 'n matematies-logiese bestaan hê nie (sien Van Rijen "Zin en onzin over logica en recht" in Blom en De Folter (reds) *Methode en object in de rechtswetenschap* (1986) 13). Soos reeds aangetoon is, het die reg ook 'n irrasionele basis en is daar nie sprake van 'n totale objektief-rasionele regsisteem nie (sien ook Unger *The critical legal studies movement* (1986) 1). By 'n ander geleentheid is aangetoon dat regsnorm en subjektiewe reg een en dieselfde ding is, net vanuit verskillende hoeke gesien (Labuschagne "Relatiewe kante van die subjektiewe reg" 1988 *THRHR* 377).

3 1 Die steriliteit van die huidige

Volgens Dooyeweerd is iets slegs vir regsobjektivering vatbaar as dit ekonomiese waarde het, in die sin van relatief skaars te wees (Dooyeweerd *A new critique of theoretical thought* vol 2 (1955) 406–407). Hierdie benadering het ook in Suid-Afrika neerslag gevind maar dikwels met die kwalifikasie dat ekonomiese waarde nie gelyk is aan markwaarde nie en ook iets met sentimentele waarde kan insluit

(Joubert " 'n Realistiese benadering van die subjektiewe reg" 1958 *THRHR* 98 112; Neethling "Persoonlike immaterieelgoedereregte: 'n nuwe kategorie subjektiewe regte?" 1987 *THRHR* 316; Robinson 346; Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1989) 43). Dooyeweerd se opvatting dat net dinge met ekonomiese waarde vir regsobjektivering vatbaar is, beklemtoon myns insiens die intellektuele steriliteit van sy benadering: ruimte vir ontwikkeling en verandering word grootliks uitgeskakel.

3 2 Persoonlikheidsgoedere

Volgens Van Zyl (in Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die regswetenskap* (1982) 402 ev; sien ook Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* (1985) 12) moet 'n objek aan drie vereistes voldoen voordat dit regtens geobjektiveer kan word: eerstens moet dit een of ander waarde vir die regsubjek hê, in die sin dat dit 'n behoefte van die regsubjek bevredig; tweedens moet dit van so 'n aard wees dat dit regtens aan 'n regsubjek toebedeel kan word ter uitsluiting van andere; en laastens moet genoemde toebedeling tot orde in die betrokke gemeenskap meewerk. Van Zyl verwerp gevolglik die idee dat 'n regsobjek ekonomiese waarde moet hê. Hy wys daarop dat persoonlikheidsgoedere nie uitsluitlik ekonomiese waarde het nie maar tog regsobjek is (406–407). In dieselfde trant verklaar Van der Vyver en Joubert (10) tereg soos volg:

> "Persoonlikheidsgoed het klaarblyklik nie ekonomiese waarde in die genoemde sin nie. Elke persoon se persoonlikheidsgoed is wel enig, maar juis daarom nie relatief skaars nie. Persoonlikheidsgoed is naamlik onlosmaaklik aan die persoon van die reghebbende subjek verbonde en kan daarom nie in die ruilverkeer aangebied word nie. Aanvraag daarna is eweneens sinneloos, want persoonlikheidsgoed is nie oordraagbaar nie."

3 3 Toegang tot 'n kind

Wanneer die hof na 'n egskeidingsgeding die reg van toegang tot 'n kind aan 'n ouer toeken, word 'n aspek van die kind geobjektiveer. Die ouer het in so 'n geval nie slegs die reg om die kind te sien nie, maar ook om deel te neem aan die waarde- en persoonlikheidsvorming van die kind. Die objek van die ouer se reg bestaan gevolglik in die kind se geestelike vormingspotensiaal (Labuschagne "Noodweer ten aansien van nie-fisiese persoonlikheidsgoedere" 1975 *De Jure* 66). 'n Mens sou selfs kon argumenteer dat die regsobjek deurgaans, in laaste instansie, slegs in die betrokke regsubjek bestaan: as iemand byvoorbeeld my horlosie steel, skend hy my ekonomiese (en soms estetiese) funksionaliteit. Die regsobjek is derhalwe 'n aspek van die regsubjek – die regsobjek is bloot 'n refleksie van die regsubjek.

4 Konklusie

Van Warmelo (*Regsleer, regswetenskap, regsfilosofie* (1973) 219; vgl Wellman *A theory of rights* (1985) 185 ev) het by geleentheid tereg beweer dat die reg bloot is wat 'n mens dink dit is, met ander woorde dat die mens die inhoud van die reg postuleer. Myns insiens het die mens (of ten minste 'n groot groep mense) die vlak van ontwikkeling bereik waarin 'n reg bloot as die teenkant van 'n verbod of 'n gebod beskou kan word. Dit beteken dat as ek 'n plig het om iets te doen of nie te doen nie, die persoon of dier of iets anders teenoor wie ek dit nie mag doen nie of moet doen, 'n reg het dat ek dit moet doen of nie mag doen nie (vgl nietemin Cowen "Toward distinctive principles of environmental law" 1989 *THRHR* 16–23 oor die "regte" van nie-menslike entiteite).

Dit bring mee dat 'n dier (en selfs 'n plant of iets anders) regsubjektiwiteit kan hê. So 'n siening sal vir die mens 'n oorwinning wees oor die irrasionele in sy gees wat vooruitgang en geregtigheid belemmer, en sal die ordening en gang van die natuur in 'n nuwe dimensie van menslikheid, bestendigheid en sekuriteit plaas. Die bestaande gunstige groepsemosionele konnotasie wat aan die begrip "subjektiewe reg" geheg word, sal hierdeur op 'n begeleidende wyse aangewend kan word om die mens in 'n nuwe beskawingsdimensie te plaas.

JMT LABUSCHAGNE
Universiteit van Pretoria

DOES THE WIDOW OF A FOREIGN CUSTOMARY UNION HAVE A CLAIM IN DELICT?*

Introduction

Can a partner to a customary union sue for damages as a result of the wrongful, culpable killing of the other partner, who was the breadwinner in the union, where the customary union was not contracted in the Republic of South Africa? The validity of a claim in delict for loss of support by a widow of such a customary union ("a foreign customary union") is a practical issue in a country where a system of migrant labour prevails. There is a real possibility that the breadwinner in a customary union contracted in one of the independent national states or one of the neighbouring states might be wrongfully and negligently killed within the borders of South Africa. Generally the dependants would have a claim in delict for loss of support as a result of the wrongful, negligent killing of their breadwinner. The customary union, however, is a foreign one. Does the surviving partner of such customary union have a claim for loss of support against the wrongdoer or the statutory insurer (in those cases where the Motor Vehicle Accidents Act 84 of 1986 would find application)?

The basis of the dependant's action in South African law

The dependant who has suffered loss by reason of the death of his or her breadwinner can institute the Aquilian action to recover damages. To succeed, the elements of delictual liability must be proved by the dependant, *inter alia* that he or she wrongfully suffered patrimonial loss, that is, that the deceased had a legal duty to support the dependant-plaintiff, and that the dependant-plaintiff was in fact supported by the deceased (*Union Government* (*Minister of Railways and Harbours*) *v Warneke* 1911 AD 657; Boberg *The law of delict* (1984) 499). The duty must arise *ex lege*; thus a contractual duty of support is not sufficient to found the Aquilian action for loss of support (Boberg *The law of persons and the family* (1977) 305).

The requirement that the deceased must have owed a legal duty of support means that a common-law wife cannot bring an action for damages for loss of

* The substance of this note was presented during a seminar at the National Congress of the Society of University Teachers of Law in Cape Town in January 1989.

support since the deceased did not owe her a legal duty of support (Hahlo *The South African law of husband and wife* (1985) 39). While a Black customary union enjoys legal recognition in certain statutes for specific purposes (eg The Maintenance Act 23 of 1963; the Workmen's Compensation Act 30 of 1941 and the Child Care Act 74 of 1983), this does not elevate the customary union to the status of a marriage (Hahlo *op cit* 33–35). The "widow" of a customary union ("the customary widow") is in the same position as the common-law wife, since the customary union is not a civil marriage and therefore creates no duty of support *ex lege* (although it may give rise to rights and duties between the parties). In a logical application of this principle, the appellate division ruled in *Santam v Fondo* 1960 2 SA 467 (A) that the customary widow did not have a claim in delict for loss of support caused by the death of her customary-union husband (see also *Zulu v Minister of Justice* 1956 2 SA 128 (N); *Nkabinde v SA Motor & General Insurance Co Ltd* 1961 SA 302 (D); Boberg *Persons* 305 fn 13; Hahlo *op cit* 35 fn 65 39).

The decisions in the *Fondo, Zulu* and *Nkabinde* cases elicited criticism from academic writers (Van der Merwe and Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1985) 331). However unacceptable these decisions might have been on policy grounds, it must be accepted that on principle they were correct [cf, however, *Chawanda v Zimnat Ins Co Ltd* 1990 1 SA 1019 (ZHC) (editor)]. The situation thus arose that many Black women who were "married" according to customary law were denied a claim for loss of support on the death of their breadwinning "spouse" on the basis that the deceased had owed no legal duty of support.

Section 31 of the Black Laws Amendment Act 76 of 1963

It was to remedy this situation that section 31 of the Black Laws Amendment Act 76 of 1983 ("the act") was enacted. This legislation grants the surviving spouse of a customary union a claim for loss of support. Section 31 does not merely recognise the right of the customary widow to claim damages for loss of support, as has been contended (see Kerr "Customary-union widow's claim in delict" 1984 *SALJ* 225). The statute *creates* the claim for loss of support. This, it is submitted, must be correct, for *Fondo's* case denied the existence of a claim in delict by a customary widow for loss of support as a result of the death of her customary husband. The *dictum* of Ackermann J in *Makgae v Sentraboer* (*Koöp*) *Bpk* 1981 4 SA 239 (T) 245H supports the proposition that a remedy was created:

> "Die wetgewer het deur middel van art 31 van gemelde Wet ingegryp en in art 31 so 'n reg verleen . . ."

The following are prerequisites for a plaintiff to succeed with an action under section 31 of the act:

(a) The plaintiff must have been a partner to a customary union as defined in section 35 of the Black Administration Act 38 of 1927 (s 31(1));

(b) the plaintiff must not at the time of the death of the partner have been a party to a subsisting (civil) marriage, nor must the deceased partner have been a party to a subsisting (civil) marriage (s 31(1));

(c) the plaintiff must produce a certificate issued by a commissioner stating the name of the partner or partners with whom the deceased had entered into a customary union (s 31(2)(a)); and

(d) the plaintiff's name must appear on the certificate (s 31(2)(b)).

The certificate required in terms of section 31(2) of the act is "conclusive proof" of the existence of the customary union (s 31(2A).

When faced with a claim for loss of support by a partner to a customary union, the courts have required strict compliance with the provisions of section 31(2) and have accorded to "certificate" a meaning which has on occasion served to render nugatory the statutory remedy granted by section 31. Registration of customary unions is not compulsory except in Natal (where the Code of Zulu Law applies). In fact, no registers of customary unions were kept in other parts of the country until 1968. Consequently it is not only possible but probable that the customary union of the plaintiff will not have been registered. Despite this, the courts have insisted on a certificate reflecting an entry in a register of customary unions and have refused to accept a certificate issued by a commissioner based on enquiries and affidavits (*Dlikilili v Federated Insurance Co Ltd* 1983 22 SA 275 (C); *Msomi v Nzuzu* 1983 3 SA 939 (D)). A turnabout is evident in recent cases in which it has been held that, as section 31 of the act does not refer to section 22*bis* of the Black Administration Act 38 of 1927 (in terms of which provision is made for the registration of customary unions), a certificate issued by a commissioner which supplies the information required by section 31 is sufficient. The certificate need not be a reflection of an entry in a register of customary unions (*Monamadi v Sentraboer Co-op Ltd* 1984 4 SA 845 (W); *Mqoqi v Protea Assurance Co Ltd* 1985 4 SA 159 (C)), provided the information required by section 31 of the act appears from the certificate.

The claim by a widow of a foreign customary union

A widow of a customary union has a valid delictual claim for loss of support on the basis that the deceased owed her a legal duty of support only if she can bring herself within the scope of section 31 of the act. Section 31 stipulates that the plaintiff must have been a partner to a customary union "as defined in section *thirty-five* of the Black Administration Act, 1927".

Section 35 of the Black Administration Act 38 of 1927 defines a customary union as

> "the association of a man and a woman in a conjugal relationship according to Black law and custom, where neither the man nor the woman is party to a subsisting marriage".

These statutory provisions can apply only to a customary union contracted within the Republic of South Africa. Legislation has territorial effect only unless it is clear from the statute in question that the legislature intended the statute to have extra-territorial effect (see Cockram *Interpretation of statutes* (1983) 190). Section 31 must be regarded as exhaustive, since it is constituent: being a statutory *creation* of the customary "widow's" claim for loss of support, only a claim which falls within the four corners of the act can be entertained by the courts. As a result the surviving partner to a customary union contracted outside the Republic of South Africa can never claim damages for loss of support under section 31 as currently worded. That this might operate harshly cannot be denied – a customary "widow" from Transkei would not have a claim for loss of support under South African law, by way of example. None the less, this is the effect of section 31 as it stands.

A factor which reinforces this view relates to the certificate required in terms of section 31(2). A tendency to relax the certification requirements might be

discernible in recent judgments (*Monamadi* and *Mqoqi* cases *supra*), but this liberalisation relates to the *content* of the certificate only. A certificate issued by a "commissioner" is still required. "Commissioner" is not defined in Act 67 of 1963; the 1963 act simply refers to section 35 of the Black Administration Act of 1927. The definition of "commissioner" in section 35 of the latter statute is singularly unhelpful, reading thus: "**Commissioner** includes an Additional and Assistant Commissioner". "Commissioner" can refer only to an official of the Republic of South Africa according to the territoriality principle. The certificate produced by the widow of a foreign customary union will necessarily emanate from an official of the foreign state and cannot be regarded as "a certificate in terms of s 31(2) of Act 76 of 1963" (see the *Monamadi* case *supra* 851I).

In his discussion of *Mqoqi's* case (*supra*) Kerr ("Foreign certification of customary unions/customary marriages after the death of the husband" 1986 *SALJ* 36) raises an issue not considered in the judgment. The certificate *in casu* was a foreign one, issued by a Transkeian official. The author asks whether the legislature intended to deny the recognition of the rights of husbands and wives in foreign unions and answers this question in the negative. Perhaps the emphasis is incorrect: the question should be whether the legislature intended to extend the right created in section 31 to the surviving spouse of a foreign customary union. The next question posed by the author (*idem* 37) is whether

> "a certificate [is] a requirement in the case of all foreign customary unions/customary marriages? The answer must be in the negative, because the South African legislature cannot legislate for foreign states".

While it is indubitably correct that the South African legislature cannot legislate for foreign states, this does not mean that a certificate issued in respect of a foreign customary union meets the requirements of section 31 of the South African act and that the customary widow has a claim for loss of support in South African law, without more. It is submitted that the position is that a widow of a foreign customary union cannot sue for loss of support, since her claim does not fall within the ambit of section 31 of the act.

The validity of the foreign customary widow's claim if the rules of private international law are applied

It might be contended that according to the rules of private international law the validity of the marriage is determined exclusively by the law of the country in which the marriage was celebrated, and that if according to the law of the country which governed the plaintiff-widow's union with the deceased it was recognised as a marriage, the deceased's duty to support the plaintiff was one which arose by operation of law.

The *lex loci celebrationis* does determine the validity of the marriage, subject to the qualification that where the recognition of the marriage would be *contra bonos mores*, the court will refuse to recognise the marriage. A marriage that is polygamous or potentially polygamous is contrary to public policy and is not recognised by the South African courts (*Seedat's Executors v The Master* (*Natal*) 1917 AD 302; Forsyth *Private international law* (1981) 239). A customary union, being potentially polygamous, will not be recognised in South African law (*Nkabinde's* case *supra* 302). It follows that a customary union contracted outside the Republic of South Africa will not found a dependant's action under South African law. Forsyth (*op cit* 240 fn 90) states categorically:

> "Neither will a foreign polygamous union be sufficient to found a dependant's action (*Mokwena v Laub* 1943 WLD 63; *SA Nasionale Trust en Assuransie Mtsky Bpk v Fondo* 1960 (2) SA 467 (AD). The position is alleviated in regard to customary unions contracted within South Africa by s 31(1) of the Black Laws Amendment Act 76 of 1963)."

The Law of Evidence Amendment Act 45 of 1988

Does the Law of Evidence Amendment Act 45 of 1988 alter the position? Section 1 of this act proclaims that:

> "1(1) Any court may take judicial notice of the law of a foreign state and of indigenous law in so far as such law can be ascertained readily and with sufficient certainty: Provided that indigenous law shall not be opposed to the principles of public policy or natural justice: Provided further that it shall not be lawful for any court to declare that the custom of lobola or bogadi or other similar custom is repugnant to such principles."

While the court may take judicial notice of the existence of the foreign customary union, that is of little avail to the foreign customary widow. A customary union is potentially polygamous and therefore contrary to public policy in South Africa. (*Seedat's Executors'* case *supra*). One can argue that the legislative recognition afforded to South African customary unions is an indication that public policy has progressed to the stage that customary unions, albeit potentially polygamous, are not "contrary to public policy". Even on this argument (for which the overruling of the appellate decision in *Fondo's* case (*supra*) is a prerequisite), however, the foreign customary widow is still unable to bring herself within the four corners of section 31, being unable to present to the court a certificate in terms of section 31. The adoption of a strict approach to the interpretation of the statutory enactment (viz s 31) will deny a customary widow a remedy. It is hardly a desirable state of affairs to determine the validity of a claim for damages by a probably-indigent plaintiff on an interpretation of a statute on evidence.

Conclusion

The widow of a customary union can sue for loss of support only if she can show that her claim falls within the scope of section 31 of Act 76 of 1963. Section 31 applies only to customary unions contracted within South Africa. Thus where the plaintiff-widow's union was contracted outside the borders of South Africa, section 31 is not applicable. The customary union between the deceased and the plaintiff-widow, although it might be a valid marriage according to the *lex loci celebrationis*, will not be recognised as a marriage in South African law, since it is potentially polygamous and thus does not give rise to the legal duty of support which is a prerequisite for the dependant's action. Although it is arguable that the Law of Evidence Amendment Act 1988 does assist the foreign customary widow, it is by no means certain that this is so. Section 31 of Act 76 of 1963 *created* a remedy for a Black customary widow. A customary widow suing for loss of support is not bringing the common-law dependant's action, but is availing herself of a statutory remedy.

The sad result is that the widow of a foreign customary union cannot confidently sue in South Africa for loss of support. She cannot avail herself of the statutory remedy granted to widows of South African customary unions by section 31 of the act, nor can she rely on the rules of private international law. While section 1(1) of the Law of Evidence Amendment Act 1988 may be construed as permitting a claim in delict for loss of support by a foreign customary widow, this will depend on a liberal interpretation of both the 1963 and 1988

enactments. The probable litigant in such a case will not be affluent and would be unable to afford the cost of obtaining a court ruling on this issue. Legislative action is required, and can be readily achieved by the amendment of section 31.

JA JULYAN
University of Natal, Durban

STRUCTURING A CLOSE CORPORATION NOT FOR GAIN

From a previous instalment* it transpired that the object of making a profit is not essential for the carrying on of a business. However, to carry on business not for gain has much wider implications. Gain does not only mean profit but anything of a commercial nature as distinct from something literary, scientific or charitable as stated in *South African Flour Miller's Mutual Association v Rutowitz Flour Mills Ltd* 1938 CPD 199 202–204. In this case an association formed to improve the organisation of the flour-milling industry for the purpose of securing economic production and distribution, was found to be carrying on business for gain. On the other hand, to carry on business not for gain does not mean that there may be no gain but that gain may not be the primary object of the business. In *Morrison v Standard Building Society* 1932 AD 229 237 it was found that the real object of a building society is not so much to make a profit as to assist its members out of a common fund to acquire their own houses. Despite the fact that building societies do make profits, the court held that a building society is not a partnership but an association *sui generis.* It is also apparent from the definition of a voluntary association (Bamford *The law of partnership and voluntary association in South Africa* (1982) 117) that the purpose of such an association is to achieve a common object primarily other than the making and division of profits. This leads to the inference that even if it were accepted that a close corporation must strive for the acquisition of gain, this would not necessarily imply that the acquired gain would have to be divided among the members and could not be used for promotion of an ideal or altruistic object.

Although it is usually stated that a claim to a part of the capital of the corporation is intrinsic to holdership of a member's interest (Malan *Beslote korporasiereg* (1986) 44; Oosthuizen *Beslote korporasies* (1986) 22), the rights to payments by reason of membership as well as the right to participate in a distribution of surplus assets upon winding-up or deregistration of the corporation being mentioned as examples of such proprietary rights (Malan 45; Oosthuizen 22), it is submitted that these rights do not necessarily accrue to a member of a close corporation.

First of all, the definition of "member" in section 1 of the Close Corporations Act 69 of 1984 (the act) contains nothing indicative of such proprietary rights. Secondly, a strict interpretation of sections 29 and 30 leads to the inference that

* See 1989 *THRHR* 251 *et seq* (editor).

the terms "member" and "holder of a member's interest" may be mutually exclusive. Thirdly, section 44 provides that an agreement may regulate *any* matter relating to the internal relationship between members or the members and the corporation in a manner not inconsistent with the provisions of the act. Consequently it ought to be possible to structure the nature of a member's interest in a close corporation not for gain by means of an agreement.

Regarding the first of the proprietary rights mentioned, namely the right to payments by reason of membership, it should be noted that besides the provisions of section 51(1), which prohibits payments to members by reason of membership if such payment would affect the liquidity and solvency of the corporation, section 46(f) specifically provides that rights to such payments may be varied by agreement. This need not necessarily be an association agreement but could be an agreement in compliance with the provisions of section 44(3). There is therefore no reason why the rights of members to share in the profits of a corporation cannot be determined between themselves in an association agreement (Geach and Schoeman *Guide to the Close Corporations Act and Regulations* (1984) 533) or any "other agreement" recognised by the act. Nor does section 46(f) or any other provision of the act prescribe that in the absence of an agreement to this effect, payments of profits must of necessity be made to members of a close corporation by reason of their membership only.

An agreement prescribing the application of the profits of the close corporation to the promotion of an ideal or altruistic object and prohibiting the direct or indirect payment or transfer of profits to the members of the corporation, other than as reasonable remuneration for any services actually rendered to the corporation, would not be in conflict with the intention of the legislature. It is further submitted that should the purpose of the close corporation having the principal business of, for example a confectionery, be to apply all excess income of the corporation to the promotion of contemporary art, an agreement to this effect would be valid and binding.

A payment by a corporation to any member by reason of his membership also comprises the repayment of any contribution or part thereof (s 51(3)(a)(i)). It may be construed as a member's right of recourse against the corporation for repayment of his contribution (Oosthuizen 22). Although the act makes provision for disposal of a member's interest (s 34 35 36 37), payments by the corporation in respect of members' contributions are, according to the provisions of section 46(f), subject to an agreement between the members. A provision in an association agreement that no member shall receive any payment from the corporation by reason of his membership only, would therefore exclude a member's right of recourse against the corporation for a share of the excess profits of the corporation as well as for repayment of his contribution or any part thereof and make it clear that a member, by reason of his membership only, has no claim in terms of section 51 of the act.

The other proprietary right of the holder of a member's interest cited; is the right to participate in a distribution of the surplus assets upon winding-up or deregistration of the corporation. Since winding-up and deregistration are independent issues, the possibility of excluding a member's proprietary rights in each circumstance will be dealt with separately.

In terms of section 66 of the act, the application of assets upon winding-up of the corporation is regulated by section 342 of the Companies Act. Furthermore, section 66(2) provides that a reference in an applicable provision of the Companies Act to a memorandum or articles of association shall be construed as a reference to a founding statement or association agreement. Read together these sections provide that unless an association agreement stipulates otherwise, a member of a close corporation will be entitled to participate in a distribution of the surplus assets upon winding-up of the corporation according to his rights and interests in the corporation. However, the same sections make provision for the exclusion of this right in an association agreement; it should thus be possible, on the lines of a section 21 company, to prohibit the distribution of surplus assets among members upon winding-up of the corporation in an association agreement and to prescribe in such agreement that upon its winding-up the assets of the corporation remaining after the satisfaction of all its liabilities must be given or transferred to some other association(s) or institution(s) having a similar principal business or purpose.

Deregistration, however, poses a host of problems. Some authorities aver that members have a personal right to claim a share of the surplus assets of the corporation in this circumstance (Geach and Schoeman 501); others that the assets of the corporation accrue to the members as co-owners if the latter can be traced (Oosthuizen 91); while a third view is that the assets of a corporation become *bona vacantia* upon deregistration and accrue to the state (Malan 147). The act, however, does not state the rights of members to the property of the corporation upon registration, nor does it state that an association agreement may regulate these rights. Furthermore, the act does not contain a provision similar to section 21(2)(b) of the Companies Act in terms of which the memorandum of a section 21 company must provide that upon deregistration the surplus assets of the association will be given or transferred to some other associations or institutions having objects similar to its main object. A renewed invocation of the provisons of section 44, however, gives rise to the submission that an agreement entered into by the members of a close corporation not for gain stipulating donation or transfer of the surplus assets of the corporation upon deregistration to an association or institution serving a purpose similar to that of the corporation, would be binding. As the members of the corporation must submit a signed statement to the registrar to the effect that the corporation has no assets or liabilities, before deregistration will be considered (section 26(2)), the assets to which reference is made are assets donated or transferred with a view to deregistration.

It is apparent from the foregoing that a member does not necessarily derive any proprietary rights against the corporation by reason of his membership only. The association agreement could contain a provision to the effect that a member's interest will not be transferable or alienable and must, upon termination of membership, be transferred to the corporation. At first glance the provisions of section 34 would seem to pose a problem in this regard as in the event of a member's insolvency the provisions of the act would override the provisions of an association agreement. However, the wording of section 34 is not entirely peremptory as it reads that a trustee may sell the interest of an insolvent member. If no proprietary rights attach to a member's interest it is unlikely that a trustee will attempt such a sale and more probable that he will comply with the provisions of the association agreement.

The non-transmissibility and non-alienability of a member's interest would be compatible with the nature of a member's interest in an *universitas* (Bamford 188) and lends support to the view that a person can be a member of a corporation without having any of the proprietary rights which holdership of a member's interest usually comprises.

Although a member need not derive any of the rights usually attributed to holdership of a member's interest through his membership of a close corporation, membership of a corporation in itself encompasses certain rights, capacities and powers (Oosthuizen 22). The right to attend and vote at meetings, the capacity to participate in the management of the corporation and the power to represent the corporation transpire from the provisions of the act (s 46 48) but may be varied or excluded.

Furthermore, despite the fact that a member may not derive any proprietary rights through his membership of the corporation, he would still have a real and substantial interest in ensuring that the property of the corporation is dealt with to serve the purpose of the corporation. This interest flows from the fiduciary relationship to the corporation in which a member stands (s 42(2)(a)(i)) and the act makes provision for the protection of this interest by imposing personal liability towards the corporation upon a member for any loss suffered by the corporation as a result of breach of a duty arising from this fiduciary relationship as well as providing for enforcement of this liability by the court (s 42(3) 50; see Oosthuizen 57–58). A member would have the right to approach the court if he were unfairly prejudiced by an act or omission of the corporation or one of its members (s 49).

Apart from the variable rules regarding the internal relations in a corporation, the nature of a member's interest in a close corporation not for gain would also be varied by the purpose which the corporation serves. If the close corporation were used for purposes of incorporating a club or society, a member's interest would comprise the right to enjoy the amenities and other privileges provided by the club or society; if a close corporation were to run a confectionary for the purpose of acquiring funds for the promotion of an ideal or altruistic object, a member would, subject to the provisions of the association agreement, be entitled to participate in the running of the confectionery and have the right to associate with the other members in order to promote the object agreed upon. As the rights and duties which stem from membership of a common-law association depend on the provisions of the constitution (Caney and Brooks 1 *LAWSA* 292) so too the scope of membership of a close corporation not for gain could be determined largely if not exclusively by the association agreement.

MFR BLEIMSCHEIN
JJ HENNING
Centre for Business Law
University of the Orange Free State

SUID-AFRIKAANSE REGSTYDSKRIFTE – 'N VERKENNENDE BIBLIOGRAFIE

Algemeen

In 1978 is 'n bibliografie van die regstydskrifte wat in Suid-Afrika verskyn by wyse van 'n tydskrifartikel gepubliseer (Bekker en Mpaneng "Current South African legal periodicals – a bibliography" *Universiteit van Zoeloeland: Institute*

for Public Service Training Bulletin 44–45). Gesien die dinamiese aard van die regswetenskap, is enige sodanige opname van nut om die stand van publikasies in 'n spesifieke periode weer te gee en by te dra tot die beeld van die groei van hierdie dissipline. 'n Bywerking van hierdie bibliografie het nodig geword want nie alleen het die aantal lopende titels van 16 na 34 uitgebrei nie, maar daar is ook 'n waarneembare tendens tot spesialisering op studieterreine by die nuwe regstydskrifte te bespeur.

Vir groter volledigheid en dus 'n beter oorsig van die terrein word in die meegaande bibliografie ook die titels opgeneem van daardie tydskrifte wat òf gestaak is, òf van titel verander het, òf met ander tydskrifte verenig is. Daarbenewens is dit nodig geag om met 'n asterisk (*) daardie tydskrifte aan te dui wat ooreenkomstig die beleid van die Departement van Nasionale Opvoeding subsidiedraend is. Subsidies kom toe aan universiteite waarvan die dosente navorsings- of oorsigartikels of navorsingsbriewe in hierdie tydskrifte gepubliseer het (sien hieroor Departement van Nasionale Opvoeding *Inligtingsopnamehandleiding* (*Navorsingsuitsette van Universiteite*) (1989)).

Benewens 'n bibliografie van tydskrifte word daar voorts 'n lys van besitsmeldings deur die kantoor van Tydskrifte in Suider-Afrikaanse Biblioteke (TISAB) van die Staatsbiblioteek in stand gehou. Hierdie alfabetiese lys van tydskrifte bevat volledige gegewens oor watter biblioteke spesifieke tydskrifte besit, asook die omvang van sodanige besit, en vorm die basis waarop biblioteeksamewerking by wyse van interlenings geskied. Verkryging van literatuur vir navorsing is 'n noemenswaardige gebruik van laasgenoemde diens. Dit is ook van pas om melding te maak van die Organisasie van Suid-Afrikaanse Regsbiblioteke (naamlik OSAR, op Engels bekend as die Organisation of South African Law Libraries, oftewel OSALL). Al die regsbibliotekarisse van die land is geregtig om lede van hierdie liggaam te wees en deur sy publikasie, die *OSALL/OSAR Nuusbrief vir Suid-Afrikaanse Regsbiblioteke*, hou die organisasie die lede op die hoogte van die toepassing van die jongste tegnieke in inligtingshantering en -herwinning.

Die waarde van 'n professioneel-geordende inligtingsdiens in die hedendaagse regslewe word dan ook deur Russell uitgewys ("What price the professional: how does your librarian qualify?" 1989 *De Rebus* 329–330). Die regsnavorser, in die besonder, word gekonfronteer deur 'n groeiende aantal bronne waarvan kennis geneem moet word. Hier gaan dit nie net om 'n stelselmatige uitbreiding van die aantal publikasies wat verskyn nie, maar ook die toename in variasie van die vorme waarin dit beskikbaar gestel word. Naas die verskillende indekse wat die primêre bronne soos boeke, tydskrifte en hofverslae ontsluit, is inligting nou ook rekenaarmatig, òf intyds òf op kompakskywe, herwinbaar vanuit elektroniese databasisse. Die regsnavorser moet hiervan bewus wees en ook kennis dra van hoe om dit optimaal te gebruik vir maksimale literatuurherwinning (sien oa Venter *Regsnavorsing; metode en publikasie* (1990) 138 293–296).

Ten slotte is dit nodig om vas te stel of daar 'n dienlike omskrywing van die begrip "tydskrif" bestaan. Die Internasionale Standaarde Organisasie hou die volgende voor:

> "[A] serial appearing or intended to appear indefinitely at regular or stated intervals, generally more frequently than annually, each issue of which normally contains separate articles, stories or other writings" (Haag *Publication standards and guidelines for periodicals* (1986) iv).

Die internasionale dokumentasieliggaam (Federation for International Documentation) definieer 'n tydskrif as

> "Ausgaben verschiedenen Inhaltes, die in gleichen oder aber auch in ungleichen Zeitabschnitten herausgegeben werden und durch einen gemeinsamen Titel vereinigt sind" (*Der internationale Verband für Dokumentation quantitative und qualitative Analyse der wissenschaftlich-technischen periodischen Weltliteratur* (1976) 5).

Die eerste definisie lê onnodige klem op die reëlmaat waarop so 'n tydskrif moet verskyn, terwyl beide definisies die tydskrif ooreenkomstig die konvensionele publikasiewyse, dit wil sê in gedrukte vorm, beskryf – 'n situasie wat geleidelik gaan verander namate die era van elektroniese publikasie betree word. Om genoemde redes word die volgende omskrywing voorgestel: *'n tydskrif is 'n lopende beskikbaarstelling, in een of ander medium, vir 'n ongespesifiseerde duur en onder 'n eenvormige titel, nuusblaaie uitgesluit, wat hoofsaaklik bestaan uit artikels of verhale.* Binne die konteks hier ter sprake word hofverslae, al verskyn dit reeksgewys en reëlmatig, nie as tydskrifte in die ware sin gereken nie.

Bibliografie•

Acta Juridica 1958+

Jaarliks gepubliseer onder die beskerming van die Regsfakulteit, Universiteit van Kaapstad: 1958–1966 deur Balkema, Kaapstad; 1967+ deur Juta & Kie. Intekening R79,78. Voortsetting van Butterworths South African Law Review.

African Law Review 1987+

Kwartaalliks gepubliseer deur die Legal Education Centre, Posbus 4118, Johannesburg, 2000. Intekening vir individue: R8,00; instansies: R14,00.

**Annual Survey of South African Law* 1947+

Gepubliseer vir die Regsfakulteit, Universiteit van die Witwatersrand deur Juta & Kie. Intekening R115,00.

Arthur Andersen Tax Brief 1983–1986 (tien aflewerings)

A review of tax and related matters for our clients and staff/Arthur Andersen & Co. Gepubliseer deur TWS Public Relations, Kaapstad; later deur Tax Brief, Posbus 3652, Johannesburg.

Bulletin

Kyk: *Handelsreg*; *Universiteit van Zoeloeland*

Businessman's Law 1971+

Agtmaal per jaar gepubliseer deur Juta & Kie in samewerking met Divaris Stein Uitgewers. Intekening R129,95.

Businessman's Law Journal 1968–1969 (drie aflewerings)

Gepubliseer deur Lexicon Publications (Pty) Ltd, Weststraat, Durban, 4000.

Butterworths South African Law Review 1954–1957

• Die adresse van die belangriker uitgewers word hier verskaf en nie weer in die teks herhaal nie:
Butterworths Professionele Uitgewers (Edms) Bpk, Posbus 792, Durban, 4000.
Divaris Stein Uitgewers, Posbus 7435, Johannesburg, 2000.
Juta & Kie Bpk, Posbus 14373, Kenwyn, 7790.
By die ordening van tweetalige titels is die uitgangspunt dat die taal van die titel wat voorrang gehad het op die eerste uitgawe van daardie tydskrif, as ordeningselement geneem word. Sover doenlik is hierby gehou.

Jaarliks gepubliseer deur Butterworth & Kie. Voortgesit as *Acta Juridica.*

Cape Law Journal 1884–1900 (vol 10–17)

Gepubliseer deur Richards, Slater & Co (later slegs Slater) van Grahamstad vir die Eastern Districts Law Society (later die Incorporated Law Society). Voortgesit as die *South African Law Journal.*

Codicillus 1960+

Nuusbrief van die Regsfakulteit, Universiteit van Suid-Afrika/Newsletter of the Faculty of Law, University of South Africa. Halfjaarliks gepubliseer deur die Universiteit van Suid-Afrika, Posbus 392, Pretoria, 0001. Gratis aan regstudente van die universiteit.

Commercial and Municipal Law Reporter; *The Business Man's Law* 1959–1969

Maandeliks gepubliseer deur Grotius Uitgewers, Victoriakaai 10, Port Elizabeth. Voortsetting van die *Commercial Law Reporter.*

Commercial Law Reporter; *The Business Man's Law* 1954–1958

Maandeliks gepubliseer deur Juta & Kie. Voortgesit as die *Commercial and Municipal Law Reporter.*

**Comparative and International Law Journal of Southern Africa/Tydskrif vir Regsvergelyking en Internasionale Reg van Suidelike Afrika.* 1968+

Driemaal per jaar gepubliseer (Maart, Julie en November) deur die Instituut vir Buitelandse Reg en Regsvergelyking, Universiteit van Suid-Afrika, Posbus 392, Pretoria, 0001. Intekening: R30,00 (Suid-Afrika); $30,00 (buitelands); R25,00 vir studente aan 'n tersiêre opvoedkundige inrigting; R10,00 per kopie; gratis aan Instituutlede.

Consultus 1988+

Suid-Afrikaanse Balietydskrif/South African Bar Journal. Gepubliseer deur die Algemene Balieraad van Suid-Afrika. Redaksiekantoor: Momentumsentrum 1605, Oostoring, Pretoriusstraat 343, Pretoria, 0002. Intekening R15,00, enkelkopie R7,50.

Conveyancing Bulletin/Bulletin vir Aktevervaardiging 1987+

Kwartaalliks gepubliseer deur Butterworths.

Corporate Law Reporter 1985+

Sesmaal per jaar gepubliseer deur Divaris Stein Uitgewers. Intekening: R84,00.

De Jure (1) 1960–1963

Jaarliks gepubliseer deur die Regsfakulteit, Universiteit van Kaapstad. Voortgesit as *Responsa Meridiana.*

**De Jure* (2) 1967+

Tweemaal per jaar gepubliseer deur Butterworths vir die Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit van Pretoria. Intekening: R43,00. Voorheen *Scintilla Iuris*, asook *Speculum Iudicale.*

De Jure ac Legibus 1971–1978

Gepubliseer deur die Studente Regsvereniging, Universiteit van die Witwatersrand.

De Rebus 1978+ (vanaf aflewering 133)

Die Suid-Afrikaanse Prokureurstydskrif/The South African Attorneys' Journal. Maandeliks gepubliseer deur die Vereniging van Prokureursordes, Posbus 40542, Arcadia, 0007. Intekening: R45,20. Voortsetting van *De Rebus Procuratoriis.*

De Rebus Procuratoriis (vol 1–13) 1956–1967; (aflewerings 1–132) 1968–1978

Voortgesit as *De Rebus.*

Employment Law 1984+

Sesmaal per jaar gepubliseer deur Employment Law CC/BK, Posbus 81335, Parkhurst, 2120.

Handelsreg Inligtingdiensbulletin/Commercial Law Information Service Bulletin 1983+

Gepubliseer deur die Buro vir Handelsreg, Universiteit van Port Elizabeth, Posbus 1600, Port Elizabeth, 6000. Intekening R96,00 (AVB ingesluit).

Income Tax Reporter 1968+

Agtmaal per jaar gepubliseer deur Juta & Kie in samewerking met Divaris Stein Uitgewers. Voortsetting van *Juta's South African and Rhodesian Income Tax Service.*

**Industrial Law Journal* 1980+

Insluitend die Industrial Law Reports. Gepubliseer deur Juta & Kie in samewerking met die Centre for Applied Legal Studies, Universiteit van die Witwatersrand en die Labour Law Unit, Universiteit van Kaapstad; kwartaalliks 1980–1987, sesmaal per jaar vanaf 1988. Voortsetting van die *Labour Law Bulletin.* Intekening R210,00.

Juta's South African and Rhodesian Income Tax Service 1962–1967

Agtmaal per jaar gepubliseer deur Juta & Kie. Voortgesit as die *Income Tax Reporter.*

Labour Law Briefs 1987+

Maandeliks gepubliseer deur IRD Publications, Posbus 52711, Saxonwold, 2132.

Labour Law Bulletin 1978–1979

Publikasie van die Centre for Applied Legal Studies, Universiteit van die Witwatersrand, Johannesburg. Voortgesit as die *Industrial Law Journal.*

Die Landdros/The Magistrate 1965+

Kwartaalblad van die Landdrosvereniging van Suid-Afrika/Quarterly Journal of the Magistrates' Association of South Africa. Gepubliseer deur Digma Uitgewers (Edms) Bpk, Posbus 38, Roodepoort, 1725.

MB; Modern Business Law/Moderne Besigheidsreg 1979–1988

Driemaal per jaar gepubliseer deur Butterworths vir die Departement Handelsreg, Universiteit van Suid-Afrika. Voortgesit as die *South African Mercantile Law Journal.*

Meditationes Medii 1969–1977 (geen aflewering in 1976)

Jaarlikse tydskrif van die regstudente van die Universiteit van die Oranje-Vrystaat, Bloemfontein.

Moderne Besigheidsreg

Kyk: *MB*

Natal University Law and Society Review 1985+

Halfjaarliks gepubliseer deur die School of Law, Universiteit van Natal, Koning George V Laan, Durban, 4000. Intekening R20,00. Voortsetting van die *Natal University Law Review.*

Natal University Law Review 1972–1984

'n Kwartaallikse publikasie van die regstudente van die Universiteit van Natal. Gepubliseer deur die Universiteit van Natal. Voortgesit as die *Natal University Law and Society Review.*

Nuntius 1971+

Joernaal van die Justisiegenootskap/Journal of the Justice Society. Kwartaalliks gepubliseer deur die Justisiegenootskap, Privaatsak X81, Pretoria, 0001.

Obiter 1979+

Jaarliks gepubliseer deur die Regsvereniging van die Universiteit van Port Elizabeth. Intekening: R6,00. Vervang die *University of Port Elizabeth Law Journal.*

Res Publica 1975

Tydskrif vir Staatsreg en Regsfilosofie. Publikasie van die Departement Staatsreg en Regsfilosofie, Universiteit van die Oranje-Vrystaat, Bloemfontein. Vervang deur die *Tydskrif vir Regswetenskap.*

Responsa Meridiana 1964+

Jaarliks gepubliseer onder die beskerming van die Juridiese Verenigings van die Universiteite van Kaapstad en Stellenbosch. Voortsetting van *De Jure* (1).

**SA Publiekreg/Public Law* 1986+

Gepubliseer gedurende Mei en November deur Butterworths.

Scintilla Juris 1967–1972

Newetitel varieer: Kwartaalblad/Jaarblad van die Juridiese Vereniging van die Universiteit van Pretoria, asook Jaarblad van die Dosente en Studente van die Fakulteit Regsgeleerdheid van die Universiteit van Pretoria. Opgeneem in *De Jure* (2).

South African Commercial Law Journal 1986+ (vol 10+)

Kwartaalliks gepubliseer deur CLJ Publications, Posbus 52684, Saxonwold, 2132. Saamvoeging van die *South African Company Law Journal* en die *South African Insurance Law Journal.*

South African Company Law Journal 1977–1985 (vol 1–9)

Gepubliseer in ses losbladaflewerings gedurende 1977, vier losbladaflewerings per jaar 1978–1981 en kwartaalliks 1982–1985 deur CLJ Publications. Voortgesit as die *South African Commercial Law Journal.*

South African Insurance Law Journal 1977–1985 (vol 1–9)

Gepubliseer in ses losbladaflewerings gedurende 1977, vier losbladaflewerings per jaar 1978–1981 en kwartaalliks 1982–1985 deur CLJ Publications. Voortgesit as die *South African Commercial Law Journal.*

South African Journal on Human Rights 1985+

Driemaal per jaar gepubliseer deur Juta & Kie vir die Centre of Applied Legal Studies, Universiteit van die Witwatersrand. Intekening R58,00.

South African Law Journal 1901+ (vol 18+)

Kwartaalliks gepubliseer: 1901–1910 African Book Co, Grahamstad, 1911+ Juta & Kie. Intekening R87,00. Voortsetting van die *Cape Law Journal.*

South African Law Times 1932–1936

Maandeliks gepubliseer deur Hortors Ltd, Johannesburg.

South African Mercantile Law Journal/Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Handelsreg 1989+

Driemaal per jaar gepubliseer deur Juta & Kie vir die Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit van Suid-Afrika. Intekening R77,50. Voortsetting van *MB*; *Modern Business Law/Moderne Besigheidsreg.*

South African Tax Amendments 1984+

Jaarlikse publikasie. Adres van uitgewer: Bus 7400, Johannesburg 2000.

South African Tax Journal Sept 1985 – Junie 1988 (2 volumes)

Kwartaalliks deur Butterworths gepubliseer vir die Centre for Continuing Tax Education, Universiteit van die Witwatersrand, Johannesburg.

**South African Yearbook of International Law/Suid-Afrikaanse Jaarboek vir Volkereg* 1975+

Gepubliseer deur die VerLoren van Themaatsentrum vir Volkereg, Universiteit van Suid-Afrika, Posbus 392, Pretoria 0001. Intekening R50; $45 + posgeld vir oorsese inskrywers; studente R35.

Speculum Judiciale 1962

Jaarblad van die Juridiese Vereniging, Universiteit van Pretoria. Opgeneem in *De Jure* (2).

Speculum Juris 1965+

Jaarliks gepubliseer deur die Regsfakulteit, Universiteit van Fort Hare in samewerking met die Universiteit se Regsvereniging.

Stellenbosch Law Review/Regstydskrif 1990+
Gepubliseer deur Juta & Kie. Intekening R78,00.

Suid-Afrikaanse Publiekreg

Kyk: *SA Publiekreg/Public Law.*

**Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie/South African Journal of Criminal Law and Criminology* 1977–1987

Driemaal per jaar gepubliseer deur Juta & Kie in samewerking met NIKRO. Voortsetting van *Misdaad, Straf en Hervorming/Crime, Punishment and Correction.* Voortgesit as die *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafregspleging.*

**Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafregspleging/South African Journal of Criminal Justice.* 1988+

Gepubliseer vir die Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit van Natal deur Juta & Kie in samewerking met NIKRO. Voortsetting van die *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie.* Intekening R78,00.

Tax Legislation 1982+

Jaarliks gepubliseer deur Arthur Andersen & Kie, Bus 3652, Johannesburg, 2000, vir hulle personeel en kliënte.

Transkei Law Journal 1986+

Gepubliseer deur die Regsfakulteit, Universiteit van Transkei, Umtata.

Turpis Causa 1977–1982

Gepubliseer deur die Studente Regsvereniging, Universiteit van Natal, Durban. Voortgesit as *Verbatim.*

**Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg/Journal of South African Law* 1976+

Kwartaalliks gepubliseer deur Juta & Kie vir die Fakulteit Regsgeleerdheid, Randse Afrikaanse Universiteit. Intekening R76,00.

**Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg/Journal of Contemporary Roman-Dutch Law* 1937+

Kwartaalliks gepubliseer deur Butterworths. Intekening R62,00.

**Tydskrif vir Regswetenskap/Journal for Juridical Science* 1976+

Halfjaarliks gepubliseer: 1976–1989. Digma Publikasies; 1990+ Publikasiekomitee van die Universiteit van die Oranje-Vrystaat vir die Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit van die Oranje-Vrystaat. Intekening R20,00, R10 per enkelkopie. Vervang *Res Publica.*

Universiteit van Zoeloeland: Institute for Public Service and Vocational Training Bulletin 1979–1988.

Gepubliseer deur die Universiteit. Voortsetting van die volgende inskrywing.

Universiteit van Zoeloeland: Institute for Public Service Training Bulletin 1977–1979.

Gepubliseer deur die universiteit. Voortgesit deur die voorgaande inskrywing.

University of Port Elizabeth Law Journal/Universiteit van Port Elizabeth Regstydskrif 1969–1972

Gepubliseer deur die Regsdepartement, Universiteit van Port Elizabeth. Vervang deur *Obiter*.

UPE Law Journal

Kyk: *University of Port Elizabeth Law Journal*

PD DE KOCK
Vista Universiteit

It is true that the words 'fairness' and 'honesty' [as criteria for lawful competition] were acknowledged . . . to be somewhat vague and elastic terms . . . Indeed, to limit the vagueness and elasticity of these concepts, 'unfairness' and 'dishonesty' are to be gauged according to prevailing public policy which, it must be readily conceded, is also a phrase lacking a precise meaning and one which has more than once been described by English Judges as an 'unruly horse' . . . But even with a 'good man in the saddle' public policy remains a concept which is not, and which cannot be, contained within well-defined limits. Yet for all its lack of precision, public policy is now recognised as the objective norm for determining whether competition is to be held unlawful or not. It is 'the general sense of justice in the community, the boni mores, *manifested in public opinion (per* Berman J in *William Grant and Sons Ltd v Cape Wine Distillers Ltd* 1990 3 SA 897 (C) 916).

VONNISSE

ONREGMATIGE MEDEDINGING: ONREGMATIGHEIDSKRITERIA, AANKLAMPING ("PASSING OFF"), AANLEUNING ("MISAPPROPRIATION"), EROSIE ("DILUTION") EN DIE REG OP DIE REKLAMETEKEN

Union Wine Ltd v E Snell and Co Ltd 1990 2 SA 180 (D); Union Wine Ltd v E Snell and Co Ltd 1990 2 SA 189 (K)

Bellingham Johannisberger, een van Bellingham se agtien wyne, is in Suid-Afrika 'n baie bekende en gewilde halfsoet witwyn met 'n vrugtesmaak. Hierdie wyn word reeds vir meer as dertig jaar (sedert 1957) deur die applikant, 'n wynprodusent en -handelaar, hier te lande bemark; dit het inderdaad as gevolg van sy medium prys en betreklik konstante goeie gehalte die bes verkoopte wyn in sy prysklas in Suid-Afrika geword. In 1989 bring die respondent, ook 'n wynhandelaar, 'n soortgelyke wyn, genaamd Edward Snell Johannisberger, op die mark.

Die applikant vra 'n interdik aan (eers in die Durbanse en later in die Kaapse afdeling van die hooggeregshof) ten einde die respondent te verbied om die naam Johannisberger ten aansien van sy wyn te gebruik. In die Durbanse saak baseer die applikant sy eis aanvanklik op twee gronde, naamlik aanklamping ("passing off") en onregmatige mededinging; laasgenoemde grond word egter laat vaar. In die Kaapse hof weer word die eis net op onregmatige mededinging gegrond. Die twee uitsprake geniet vervolgens afsonderlik aandag.

Durbanse beslissing Regter Didcott beklemtoon ten aanvang die feit dat 'n mens nie met Johannisberger as 'n geregistreerde handelsmerk te make het nie (181I–182A):

> "The affidavit of the applicant's spokesman referred repeatedly to the Johannisberger trade mark, and sometimes to its proprietorship of that. But no such trade mark, none consisting of or incorporating the word, has ever been registered in this country. The litigation has nothing therefore to do with the protection or infringement of a registered trade mark. Nor has it been brought on the strength of any. Passing off, and that alone, is the cause of action involved."

(Terloops kan opgemerk word dat hierdie *dictum* die indruk wek dat 'n mens net 'n reg (eienaarskap) ten aansien van 'n *geregistreerde* handelsmerk kan verkry. Dit behoef egter weinig betoog dat 'n persoon ook reghebbende (oftewel eienaar) van 'n *ongeregistreerde* handelsmerk kan wees; waar beskerming teen die aanklamping van 'n ongeregistreerde handelsmerk verleen word, gaan dit in der waarheid juis om die beskerming van die betrokkene se reg op sy handelsmerk

as onderskeidingsteken. Hierdie reg op die onderskeidingsteken het weliswaar nie dieselfde omvang as die eienaarskap van 'n geregistreerde handelsmerk nie, maar dit is nietemin ongetwyfeld ook 'n selfstandige immaterieelgoedereg (sien Van Heerden en Neethling *Onregmatige mededinging* (1983) 58 ev 63 96–97 99–100; vgl ook *Pepsico Inc v United Tobacco Co Ltd* 1988 2 SA 334 (W) 337–338).)

Vervolgens gaan die regter in op die vraag of die respondent se optrede aanklamping daarstel. Aanklamping word met verwysing na *Brian Boswell Circus (Pty) Ltd v Boswell-Wilkie Circus (Pty) Ltd* 1985 4 SA 466 (A) 478 omskryf as (182C)

> "a representation, express or implied, by one person that his business or merchandise or both are, or are connected with, those of another".

Ten einde aanklamping te bewys, moet die applikant eerstens aantoon dat die naam Johannisberger 'n sogenaamde sekondêre betekenis of reputasie ten aansien van sy wyn verwerf het – dit wil sê onderskeidend daaromtrent geword het (183A–H). In hierdie verband verklaar regter Didcott (183I):

> "I shall say no more on the point but this. The need for some reputation or secondary meaning to be shown, term it what you will, is not a principle or rule of law. Proof of such is simply part and parcel of the factual cloth which must necessarily be weaved in order that a passing off may be demonstrated in a case of the present kind."

Hierdie opvatting kan nie genoeg onderskryf word nie. Dit is wel so dat reputasie in 'n groot aantal beslissings as 'n vereiste vir 'n geslaagde beroep op aanklamping gestel word (sien Van Heerden en Neethling 100 vn 90) en dat die indruk sodoende gelaat word dat dit tot absolute regsbeginsel verhef is. Hier moet nietemin in gedagte gehou word dat 'n eiser wat hom oor die bestaan van sy reg op die onderskeidingsteken beklae, vanselfsprekend die bestaan van dié reg moet bewys. Hy moet dus bewys dat sy handelsmerk inderdaad sy ware onderskei. Een manier om dit te doen – soos regter Didcott tereg aandui – is om te bewys dat sy handelsmerk (veral by beskrywende woorde of die eie naam: sien Van Heerden en Neethling 102 106) 'n reputasie of bekendheid ten aansien van sy produk verwerf het. Dit beteken egter hoegenaamd nie dat hy in alle gevalle moet bewys dat potensiële klante met die merk bekend is nie, maar net dat hy moet aantoon dat die merk belangstellendes in staat stel om sy produk van ander soortgelyke produkte te onderskei (*idem* 100; sien ook die *Pepsico*-saak *supra* 339). Daarom het dit in byvoorbeeld die geval van die "fancy name", wat op sigself reeds die produk onderskei, geen sin om daadwerklike bewys van bekendheid te vorder nie (sien Van Heerden en Neethling 100–101; *Truck and Car Co Ltd v Kar-N-Truk Auctions* 1954 4 SA 552 (A) 557).

Regter Didcott (184A–185D) beslis dat die applikant wel bewys het dat die naam Johannisberger 'n reputasie ten aansien van sy wyn verwerf het. Dit is nietemin nie voldoende om met 'n aanklampingseis te slaag nie; die applikant moet ook aantoon dat die respondent se gebruik van die naam Johannisberger 'n waarskynlikheid van misleiding of verwarring by potensiële klante skep. Die hof bevind dat sodanige waarskynlikheid nie bestaan nie en wys die eis van die hand. Die regter verklaar (188G–H):

> "Counsel who appeared for the respondent dismissed the proceedings, when all was said and done, as a vain endeavour by the applicant to secure the sort of monopoly which it would have derived from the proprietorship of a registered trade mark encompassing the Johannisberger name, but to which it was not entitled, having none. I think the comment a fair one."

Alhoewel nou met die uitspraak oor aanklamping saamgestem word, ontstaan die vraag desnietemin of, in die afwesigheid van aanklamping, die gebruiker van 'n ongeregistreerde handelsmerk wat 'n reputasie ten aansien van sy produk opgebou het, nie op beskerming teen gebruik van die merk deur mededingers geregtig behoort te wees nie. Dit bring 'n mens by die tweede saak.

Kaapse beslissing Regter Van Deventer wys daarop dat die applikant sy eis op onregmatige mededinging buite-om aanklamping baseer (194D–195B). Die applikant beweer naamlik dat

> "although [it] had no *dominium* in the name [Johannisberger] itself, it had a proprietary right in the goodwill inseparately attaching thereto, which goodwill was being filched by respondent or 'being used to gain a place in a competitive market'. The respondent was 'endeavouring to reap where it had not sown'. For this reason, it is unlawful conduct".

Alhoewel die regter van mening is dat die *exceptio rei judicatae* (weens die Durbanse beslissing) teen die eis behoort te slaag (sien 195E–196J), gaan hy nogtans op die meriete daarvan in. Die geskilpunte met betrekking tot die meriete som hy soos volg op (197D–F):

> "1. Has the name 'Johannisberger' *per se* attracted goodwill in consequence of its use by applicant?
> 2. Is applicant likely to suffer erosion of such goodwill in consequence of respondent's conduct?
> 3. If the aforegoing questions are to be answered affirmatively, does the respondent's conduct constitute wrongful competition?
> 4. If respondent's conduct were to be found to amount to 'unfair' competition as opposed to unlawful competition, would it still be delictual?"

Regter Van Deventer beantwoord die vrae soos volg:

(1) Hy bevind dat die naam Johannisberger wel 'n werfkrag ten aansien van die applikant se wyn opgebou het (198B–D). Hy beklemtoon die feit dat as gevolg van "considerable effort and expenditure" in die promosie van die wyn vir meer as dertig jaar die naam 'n reputasie tot voordeel van die applikant verwerf het. Die naam Johannisberger het inderdaad so onderskeidend van die applikant se wyn geword dat dit voor die respondent se gewraakte optrede in 1989 "in the South African scenario exclusively" met die applikant se wyn geassosieer sou gewees het.

(2) Die tweede vraag word ook bevestigend beantwoord. Die regter verduidelik:

> "I believe. . .that the applicant will inevitably lose some custom to the respondent on the simple basis that some less knowledgeable or fastidious patrons will ask only for 'Johannisberger' and be offered the respondent's wine. Others will buy the respondent's wine in the belief that it is either a similar or a sufficiently similar wine for their purpose, that is a wine falling within the same 'taste spectrum' . . . especially if it is offered as a cheaper wine."

(3) Nieteenstaande hierdie twee bevindings kom regter Van Deventer tot die slotsom dat die gewraakte optrede nie onregmatige mededinging daarstel nie (198I–199A). Volgens hom moet die applikant, in die afwesigheid van aanklamping, sy eis op 'n ander (erkende) verskyningsvorm van onregmatige mededinging baseer (vgl ook *Maroka Swallows Football Club Ltd v The Birds Football Club* 1987 2 SA 511 (W) 520–521), soos misleiding ten aansien van die eie prestasie (sien hieroor Van Heerden en Neethling 85 ev); en hierin slaag die applikant na sy mening nie. Hy sê onder meer (199I):

> "I have not been referred to any South African decision in which a plaintiff was afforded protection against the use of his unregistered trade mark in the absence of dishonest or wrongful conduct on the part of the defendant."

(In die verbygaan wil ek noem dat hierdie bevinding die indruk kan laat dat net erkende verskyningsvorme van onregmatige mededinging gedingsvatbaar is. Ten onregte. 'n Baie belangrike implikasie van die erkenning van Aquiliese aanspreeklikheid op hierdie terrein is juis dat die breë en ruim grondslag van die *actio legis Aquiliae* nou beskikbaar is om 'n benadeelde mededinger tegemoet te kom *selfs in die afwesigheid van 'n regstreekse presedent in die regspraak.* Gevolglik hoef die veronregte mededinger, wat die slagoffer van 'n ander se onregmatige nuuthede is, nie te poog om sy eis binne die raamwerk van die een of ander besondere delik in te dwing nie (sien Van Heerden en Neethling 25 en die gesag in vn 77). Hierdie opvatting blyk duidelik uit die beslissing van die appèlhof in *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 678, waarna regter Van Deventer trouens verwys (201G–H):

> "In order to succeed in an action based on unfair competition, the plaintiff must establish all the requisites of Aquilian liability, including proof that the defendant has committed a wrongful act. In such a case, the unlawfulness... may fall into a category of clearly recognised illegality... *But it is not limited to unlawfulness of that kind*" (my kursivering).

Dit bring 'n mens by die vraag na die onregmatigheidskriterium(a) wat in hierdie opsig 'n rol speel, en terselfdertyd by die beantwoording van regter Van Deventer se vierde vraag.)

(4) Ten slotte moet die regter bepaal (200 ev) of die respondent se optrede – nieteenstaande sy antwoord op die vorige vraag – tog nie as gevolg van "unfairness" onregmatige mededinging daarstel nie; of, soos hy dit stel (200C):

> "Could unfair competition falling short of dishonest conduct entitle a prejudiced competitor to Aquilian relief in our law?"

Na 'n ondersoek van die positiewe reg en na oorweging van die kriteria wat in hierdie verband 'n rol kan speel (soos "fairness and honesty", die *boni mores*, "the general sense of justice of the community" en "public policy") kom regter Van Deventer tot die volgende slotsom (203C–F):

> "However great a reputation and goodwill it [die naam Johannisberger] may have built up and however much money and energy may have been expended to achieve its share of the market, an unregistered trade mark or name has no statutory or judicial protection and it may be appropriated by competitors provided they do not mislead the public by passing off or compete unlawfully in some other manner... The principle of free and active competition in the market is public policy in South Africa and monopolies are regarded with disfavour... *My conclusion is that in the absence of dishonesty, unfairness* per se *cannot serve as a criterion for unlawfulness*... To the extent that the public policy and the interests of society may be relevant in this case, I do not think that the respondent's use of the name 'Johannisberger' could be seen to be *contra bonos mores* or against the public policy" (my kursivering).

'n Aantal aspekte van hierdie uitspraak verg nadere beskouing:

(a) In eerste instansie moet regter Van Deventer se benadering tot die onregmatigheidsvraag in die mededingingstryd onder die loep geneem word. Vir doeleindes hiervan is dit gewens om na te gaan welke onregmatigheidskriteria in ons reg toegepas word.

Aanvanklik het die howe net die maatstaf van "fairness and honesty" in handel en mededinging aangewend (bv *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd* 1968 1 SA 209 (K) 218–219; sien Van Heerden en Neethling 68). Onsekerheid het egter bestaan of *billikheid* en *eerlikheid* twee afsonderlike, selfstandige onregmatigheidskriteria daarstel, dan wel of die twee begrippe net gesamentlik – en nie disjunktief nie – as 'n

enkele onregmatigheidsmaatstaf dien. Laasgenoemde opvatting blyk uit die uitspraak in *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd* 1977 2 SA 221 (K) 249–250 (vgl Van Heerden en Neethling 69; Van Heerden "Die mededingingsprinsiep en die *boni mores* as onregmatigheidsnorme by onregmatige mededinging" in Neethling (red) *Onregmatige mededinging/Unlawful competition* (1990) 7–8; 1990 *THRHR* 152). Regter Theron beklemtoon naamlik dat die klem op "dishonesty" val en dat "unfairness" alleen nie 'n mededingingshandeling onregmatig kan kleur nie.

Uit die uitspraak *in casu* is dit duidelik dat ook regter Van Deventer oneerlikheid ("dishonesty") as die belangrikste kriterium vir die beoordeling van die onregmatigheid van 'n mededingingshandeling in ons reg beskou (sien 199I 200C 201C). 'n Mens kry trouens die indruk dat waar oneerlikheid ontbreek, 'n andersins onbillike mededingingshandeling volgens hom nooit onregmatig is nie (203E–F); sodoende word oneerlikheid as 't ware tot alleenstaande, deurslaggewende onregmatigheidskriterium verhef.

Hierdie beskouing moet bevraagteken word. Alhoewel 'n oneerlike mededingingshandeling wat nadelig op die werfkrag van 'n ondernemer inwerk in die reël onregmatig is (vgl Van Heerden 1990 *THRHR* 152), is dit nie noodwendig die geval nie. Soos regter Van Dijkhorst tereg uitwys (*Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd* 1981 2 SA 173 (T) 187), word byvoorbeeld die "dishonest puffing" van ware veelal deur die reg geduld (sien hieroor Van Heerden en Neethling 90). Aan die ander kant kan, in appèlregter Van Heerden (1990 *THRHR* 152) se woorde, 'n mededingingshandeling "onregmatig wees ook by ontstentenis van enige vorm van oneerlikheid". 'n Mens dink byvoorbeeld aan die *bona fide* opwekking van 'n boikot teen 'n mededinger wat nie geregverdig is nie (sien die *Atlas*-saak *supra* 187). Die slotsom is dus dat "dishonesty" nie die enigste onregmatigheidsmaatstaf in die mededingingstryd kan wees nie (vgl ook *Elida Gibbs (Pty) Ltd v Colgate Palmolive (Pty) Ltd (1)* 1988 2 SA 350 (T) 356).

Die vraag ontstaan vervolgens of billikheid ("fairness") op sigself as onregmatigheidsmaatstaf kan dien. Sommige regters (soos Van Dijkhorst R in die *Atlas*-saak *supra* 187 en Van Deventer R *in casu* 203E–F) meen van nee. Appèlregter Van Heerden (1990 *THRHR* 152–153) beantwoord die vraag egter (gekwalifiseerd) bevestigend. Volgens hom het regter Corbett in die *Dun*-saak *supra*

> "spesifiek verwys na 'criteria such as fairness and honesty in competition', en aangesien 'n oneerlike mededingingshandeling nouliks 'n billike een kan wees, sou hy met 'honesty' volstaan het indien hy nie 'n tweede kriterium in die oog gehad het nie".

Hy vervolg:

> "Onbillikheid is uiteraard primêr 'n pre-juridiese begrip. Vir die individu is 'n handeling onbillik indien dit in stryd met sy morele opvatting is. Ek meen egter nie dat regter Corbett 'n moreel afkeurenswaardige met 'n onbillike mededingingshandeling gelyk wou stel nie. Veeleer was 'fairness' vir hom 'n kriterium waarvolgens bepaalde gedrag as regtens onbillik en derhalwe onregmatig gebrandmerk sou kon word."

Na sy bevinding dat nòg oneerlikheid, nòg onbillikheid die onregmatigheidsvraag in die mededingingstryd na behore kan hanteer, formuleer regter Van Dijkhorst sy gevolgtrekking in die *Atlas*-saak *supra* 188–189 soos volg:

> "I have come to the conclusion that the norm to be applied is the objective one of public policy. This is the general sense of justice of the community, the *boni mores*, manifested in public opinion."

(Sien ook Van Heerden en Neethling 70; Van Heerden 1990 *THRHR* 153 en die gesag waarna daar verwys word.) Sodoende word die algemene onregmatigheidsmaatstaf van die deliktereg (sien Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1989) 29 ev) nou ook op die onderhawige gebied van toepassing gemaak.

Met verwysing na die *boni mores*-onregmatigheidsmaatstaf kom appèlregter Van Heerden (1990 *THRHR* 153) tot die volgende slotsom, wat volle instemming verdien:

> "Die voordeel van hierdie formulering is dat die klem val op 'n regsoordeel en nie op 'n suiwer morele oordeel nie. 'n Mens sou egter net so wel kon sê dat mededinging onregmatig is indien dit volgens die regsoortuiging van die gemeenskap onbillik of onbetaamlik is. Indien 'n mens steeds voor oë hou dat 'n onbillike handeling regtens nie altyd dieselfde is as 'n handeling wat volgens 'n morele oordeel – selfs die oordeel van 'n deursneemens – onbillik is nie, kom dit dus nouliks daarop aan of 'n mededingingshandeling getoets word aan 'n billikheidskriterium of aan openbare beleid. Welke woordlui ook al gekies word, lê die probleem nie soseer by die formulering nie as by die toepassing van die kriterium."

Hierdie versoening van die billikheids- met die *boni mores*-maatstaf blyk in der waarheid uit die beslissing van die appèlhof in die *Butt*-saak *supra* 679 (sien Van Heerden 1990 *THRHR* 153), waar dit soos volg gestel word: "In judging of fairness and honesty, regard is had to *boni mores* and to the general sense of justice of the community . . ." (Sien ook *William Grant and Sons Ltd v Cape Wine & Distillers Ltd* 1990 3 SA 897 (K) 916D–917A.) In die lig hiervan kan regter Van Schalkwyk se bevinding in die *Elida Gibbs*-saak *supra* 356–358 heelhartig onderskryf word (*contra* egter Van Deventer R *in casu* 200I–201A). Hy verklaar naamlik (358C–D E–F):

> "[T]here is no doubt that there exists in South African law a 'natural standard of fairness and reasonableness' beyond which competition must not go. What that is must depend upon the facts of each individual case. . . Commercial warfare is not prescribed by our law. So long as the combatants confine themselves to those legitimate methods of competition which the business community and society recognise as inevitable consequences of participation in commercial enterprise the Courts will refuse to interfere. However, there are certain forms of conduct which, when tested against the *boni mores* of the market place, remain untenable."

Hoe dit ook al sy, wat die toekoms betref is dit ter wille van begripshelderheid en bygevolg regsekerheid miskien wenslik om die begrip "unfair competition" as sinoniem vir onregmatige mededinging te vermy. Soos Webster en Page *South African law of trade marks, unlawful competition, company names and trading styles* (1986) 400–401 tereg aandui, kan bedoelde begripsgebruik net verwarring in die hand werk, nie alleen vanweë die pre-juridiese morele betekenis van die begrip "unfair" nie, maar ook omdat die begrip in ander regstelsels (soos die VSA) 'n eiesoortige betekenis het wat van ons eie kan verskil (sien ook Van Deventer R *in casu* 200E–G 202D; die *William Grant*-saak *supra* 916A–C; *Long John International Ltd v Stellenbosch Wine Trust (Pty) Ltd* 1990 4 SA 136 (D) 141I–142C).

Ten slotte dien daarop gewys te word dat alhoewel met die *boni mores* as algemene en soepele onregmatigheidsmaatstaf hoegenaamd nie fout te vind is nie, die leemte daarvan in die mededingingstryd is dat dit 'n rasionele substraat kortkom. 'n Aanvullende, konkrete, rasionele maatstaf is dus wenslik. Dit is die verdienste van appèlregter Van Heerden wat aanvanklik in sy proefskrif (*Grondslae van die mededingingsreg* (UOVS 1958; HAUM 1961) 168 ev; bevestig in Van Heerden en Neethling 72 ev) en onlangs weer (1990 *THRHR* 155 ev) oortuigend aantoon dat die sogenaamde *mededingingsprinsiep* as bedoelde maatstaf kan dien. Dit is naamlik dat die mededinger wat die beste en/of billikste prestasie

lewer, die oorwinning in die mededingingstryd moet behaal. Die meriete van 'n mededinger se prestasie – wat 'n eie, egte prestasie moet wees – moet dus die deurslag gee. Hiervolgens is 'n mededingingshandeling in beginsel onregmatig indien dit op 'n mededinger se werfkrag inwerk en nie op die meriete van 'n eie, egte prestasie van die dader berus nie.

(b) Vervolgens moet die respondent se optrede *in casu* in die lig van die pasuiteengesette benadering tot die onregmatigheidsvraag beoordeel word. Die vraag is met ander woorde of die gewraakte optrede regtens as *contra bonos mores* of onredelik (onbillik) aangemerk behoort te word, of nie (soos regter Van Deventer inderdaad bevind het). Nou kom dit my voor of die moontlike beskerming van die *reklamewaarde* van die applikant se ongeregistreerde handelsmerk hier op die voorgrond tree. Om dit te verduidelik, moet enigsins uitgewei word:

Handelsmerke (handelsname, diensmerke) het verskillende funksies, te wete onderskeidings-, reklame- en herkomsfunksies (sien Van Heerden en Neethling 58 vn 50; Rutherford "Misappropriation of the advertising value of trade marks, trade names and service marks" in Neethling (1990) 55–56). Eersgenoemde kom by aanklamping in gedrang aangesien daar 'n aantasting van die *onderskeidingswaarde* van die betrokke merk as onderskeidingsteken is. Die reklamefunksie weer staan op die voorgrond by sogenaamde *aanleuning* omdat op die *reklamewaarde* van die merk as reklameteken ingewerk word. Aanleuning bestaan dan ook daarin dat 'n ondernemer, ten einde sy produk te adverteer en sodoende sy werfkrag uit te bou, die reklameteken van 'n ander ondernemer ongemagtig gebruik; hy buit dus die reklamewaarde uit wat die merk ten aansien van die eerste gebruiker se produk het. Sodoende leun hy by die *reputasie* of *goeie naam* van die vreemde produk aan om homself te bevoordeel (Van Heerden en Neethling 121–122). Aanleuning kan sowel binne as buite mededingingsverband voorkom en dit kan op 'n openlike of bedekte wyse geskied (Rutherford 57–58).

Vir ons doeleindes is bedekte aanleuning binne mededingingsverband van belang. *In casu* het regter Van Deventer – asook regter Didcott in die Durbanse saak – naamlik bevind dat die naam Johannisberger 'n besonder goeie reputasie (dit wil sê 'n definitiewe reklamewaarde) in verband met die applikant se wyn verwerf het, welke reputasie deur die respondent ten aansien van sy wyn uitgebuit word (vgl die woorde "even if I should find (despite respondent's denial) that it did choose the name 'Johannisberger' in order to capitalise on the reputation that the applicant had built up" (198I)). Nou is dit so, soos Rutherford 59 tereg aandui, dat 'n bedekte aanleuningshandeling binne mededingingsverband in die reël tegelykertyd ook aanklamping daarstel (vgl ook Van Heerden en Neethling 58 vn 50) – volgens hom is "reliance on misappropriation of the advertising value of the mark as a cause of action [dan] unnecessary". Die vraag ontstaan egter of die reklamewaarde van die merk op sigself beskermingswaardig is waar aanklamping ontbreek en daar dus, soos *in casu*, net van bedekte aanleuning sprake is. Myns insiens moet hierdie vraag – anders as wat regter Van Deventer in die onderhawige saak bevind – bevestigend beantwoord word en wel om die volgende oorwegings:

(i) Die gewraakte optrede is in stryd met die mededingingsprinsiep (en daarom in beginsel ook *contra bonos mores* aangesien dié prinsiep net 'n konkretisering van die *boni mores*-kriterium is). Die aanleuner trag naamlik om klante te trek,

nie deur die meriete van sy eie prestasie (produk) nie, maar deur die meriete van sy mededinger se prestasie. Van suiwer prestasiemededinging is daar beslis nie sprake nie. Gevolglik behoort die aanleuning as onregmatige mededinging aangemerk te word vir sover 'n inwerking op die werfkrag van die getroffene waarskynlik is (vgl Van Heerden en Neethling 123 mbt openlike aanleuning). (Soos gesien, het regter Van Deventer bevind dat daar *in casu* wel 'n waarskynlike inwerking op die applikant se werfkrag voorhande was.)

(ii) Die Duitse reg verleen reeds beskerming teen die uitbuiting van die reputasie van 'n bekende handelsmerk ten aansien van mededingende en niemededingende ware. Hierdie selfstandige eisgrond staan bekend as "Rufausbeuting" (sien Mostert *Grondslae van die reg op die reklamebeeld* (LLD-proefskrif RAU 1985) 405–407).

(iii) Daar bestaan 'n wesenlike gevaar van die erosie of verwatering ("dilution") van die reklamewaarde (aantrekkingskrag of magnetisme) van die handelsmerk (sien in die algemeen oor "dilution" Mostert 393–404; Rutherford 56–57 59–60; Salmon "Dilution as a rationale for trade-mark protection in South African law" 1987 *SALJ* 647 ev; Van Heerden en Neethling 124 126–127). Sodoende word die reklamewaarde van die merk ten aansien van die besondere prestasie verminder en die betrokke onderneming se werfkrag dienooreenkomstig getref. Rutherford 56 verduidelik dit so:

> "The preservation of the reputation and unique identity of the trade mark and the selling power which it evokes is of vital importance to the trade mark proprietor in order to protect and retain his goodwill. Other traders will frequently wish to exploit the selling power of an established trade mark for the purpose of promoting their own products . . . Any unauthorised use of the trade mark by other traders will lead to the gradual consumer disassociation of the trade mark from the proprietor's product. The more the trade mark is used in relation to the products of others, the less likely it is to focus attention on the proprietor's product. The reputation and unique identity of the trade mark will become blurred. The selling power becomes eroded and the trade mark becomes diluted."

"Dilution" word in die Duitse en die Amerikaanse reg as 'n selfstandige eisgrond erken; die howe volg nietemin 'n konserwatiewe benadering deur net beroemde ("famous", "berühmte") merke teen erosie te beskerm (sien Mostert 400 ev; sien ook Van Heerden en Neethling 127 vn 46; Rutherford 67–68). Hierdie benadering kom te streng voor. Aangesien die beskermingsobjek teen erosie die reklamewaarde van 'n handelsmerk is, behoort alle merke wat sodanige waarde het, beskermingswaardig te wees (Mostert 402). 'n Merk het reklamewaarde indien dit nie alleen bekend is nie maar ook 'n goeie naam het – die publiek moet dus die merk koppel aan 'n produk waarvan hulle 'n hoë dunk of goeie voorstelling het (Van Heerden en Neethling 122 vn 14; Mostert 402). Dat dit *in casu* die geval was, behoef geen betoog nie.

(iv) Soos Mostert (hfst IV V VI; "The right to the advertising image" 1982 *SALJ* 413 ev) oortuigend aantoon, is daar veel te sê vir die direkte beskerming – anders dus as die indirekte beskerming deur middel van die werfkrag in gevalle (i) en (iii) hierbo – van die reklamewaarde van 'n handelsmerk deur die erkenning van 'n selfstandige immaterieelgoedereregt op die reklameteken (net soos in die geval van die reg op die onderskeidingsteken) (sien ook Van Heerden en Neethling 127–128). Niemand sal tog ontken nie dat 'n ondernemer se reklametekens vir hom van groot immateriële ekonomiese waarde is – 'n waarde wat hy deur sy bedrewenheid, arbeidsaamheid en onkoste ontwikkel het. Daarom behoort

die vrugte van sy skepping die ondernemer-skepper self en nie ander ondernemers nie, toe te val. Ander ondernemers behoort slegs met die toestemming van die reghebbende – en teen vergoeding – die reklamewaarde van sy teken(s) te kan benut. Die teenoorgestelde beskouing stel die ongemagtigde gebruiker in staat "om te maai waar hy nie gesaai het nie" en sodoende op die reklamewaarde van bedoelde tekens te teer. Daarom behoort die reg op die reklameteken binne ondernemingsverband erken te word. Die *boni mores*-onregmatigheidsmaatstaf verskaf aan ons howe die regsbasis nie alleen vir die erkenning van die reklamewaarde as regsgoed nie, maar ook vir die omlyning van die grense van die reg daarop (sien Mostert 347 ev). (Alhoewel Mostert hom hoofsaaklik beywer vir die erkenning van die reg op die reklamebeeld buite mededingingsverband, geld sy argumente myns insiens in 'n gelyke mate ook binne mededingingsverband, soos mbt die saak onder bespreking.)

(v) Die argument dat die beskerming van die reklamewaarde van 'n handelsmerk 'n monopolie sal skep wat strydig met die openbare beleidsoorweging van vrye mededinging in Suid-Afrika is (sien *in casu* 203E), oortuig nie. Dit is myns insiens eerder in ooreenstemming met die regsgevoel van die gemeenskap (openbare beleid) om 'n ondernemer te beskerm teen die uitbuiting van die reklamewaarde van sy handelsmerk wat hy met koste en moeite opgebou het selfs al sou dit op monopolie-skepping neerkom (vgl ook Rutherford 57; Mostert 265–268 404 vn 64). Mostert 266–267 verklaar in hierdie verband:

> "Vrye mededinging vereis noodwendig ook die vrye nabootsing van idees. Alhoewel so 'n vrye nabootsing van idees oor die algemeen in die handel toegelaat word, is dit op 'n sekere punt nie meer veroorloof nie. Dit is wanneer die betrokke idees, geestesskeppings verteenwoordig [soos die reklamewaarde van 'n handelsmerk] wat deur die immaterieelgoedereregte beskerm [behoort te] word. *In hierdie gevalle dra die beleidsoorwegings wat die erkenning van sulke immaterieelgoedereregte verantwoord vanselfsprekend swaarder gewig as die konflikterende belang in vrye nabootsing en gevolglik ook vrye mededinging*" (my kursivering).

(vi) Die feit dat daar geen presedent vir die selfstandige beskerming van die reklamewaarde van handelsmerke in ons reg bestaan nie – trouens dat die hof in *Lorimar Productions Inc v Sterling Clothing Manufacturers (Pty) Ltd* 1981 3 SA 1129 (T) so 'n eis buite mededingingsverband van die hand gewys het (sien ook *in casu* 202D–203A en vgl die *Maroka Swallows*-saak supra 531D–G) – doen ook nie afbreuk aan die meriete en noodsaaklikheid van bedoelde beskerming nie. Hierbenewens, soos gestel, maak die generaliserende benadering van ons deliktereg tot Aquiliese aanspreeklikheid in elk geval voorsiening vir onregmatige nuuthede, en word die resultaat van die *Lorimar*-saak deurgaans deur skrywers veroordeel (sien Van Heerden en Neethling 128–129; Mostert 369 ev; Rutherford 62–63; Hertzog "Ongelisensieerde karakterkommersialisering ('character merchandising') as daad van onregmatige mededinging in die Suid-Afrikaanse reg' 1982 *De Jure* 77 ev).

Die slotsom is dus dat, gesien die groot reklamewaarde wat die naam Johannisberger ten aansien van die applikant se wyn *in casu* opgebou het, regter Van Deventer net soos regter Van Dijkhorst in die *Lorimar*-saak 'n gulde geleentheid

deur sy vingers laat glip het om selfstandige erkenning en beskerming aan die reklamewaarde van handelsmerke te verleen. Die hoop word uitgespreek dat die howe in die nabye toekoms weer die geleentheid sal hê om die *Lorimar*- en *Union Wine*-saak in heroorweging te neem.

J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

NASIONALE STATE: ONGELDIGHEID VAN WETGEWENDE MAATREËLS

De Welzim v Minister of Law and Order, KwaZulu 1989 3 SA 730 (N); Attorney General, Natal v Mngadi 1989 2 SA 13 (A); Machika v Staatspresident 1989 4 SA 19 (T)

1 Inleiding

Daar word toenemend probleme ondervind met die interpretasie en toepaslikheid van wetgewing in die geval van nasionale state. In 1989 het drie aspekte ter sprake gekom:

(a) Die omvang en inhoud van wetgewende vergaderings se wetgewende bevoegdhede kragtens die Grondwet van die Nasionale State 21 van 1971 (*De Welzim v Minister of Law and Order, KwaZulu*).

(b) Die staatspresident se bevoegdheid om op indirekte wyse bestaande wetgewing van nasionale state te wysig (*Attorney General, Natal v Mngadi*).

(c) Die geldigheid van staatspresidentproklamasies vir die verkiesing van wetgewende vergaderings (*Machika v Staatspresident*).

2 Omvang en inhoud van wetgewende bevoegdhede van nasionale state

In die *De Welzim*-saak het die geldigheid van die Tracing and Detention of Offenders Act 19 van 1987 (KwaZulu) ter sprake gekom. Dié wet maak onder andere voorsiening vir arrestasie en aanhouding vir 90 dae ten einde inligting te bekom oor misdade waar diefstal, geweld en vuurwapens moontlik betrokke is.

Die applikant het betoog dat die KwaZulu wetgewende vergadering nie bevoeg was om die 1987-wet te aanvaar nie. Dié wet is *ultra vires* artikel 30 en item 21 bylae 1 van die 1971-Grondwet (731I-732C). Die respondent het egter betoog dat 'n wye interpretasie van item 21 hierdie wetgewende bevoegdheid verleen (732H-733A).

Artikel 30(1)(a) van die 1971-Grondwet bepaal dat die wetgewende vergadering van 'n selfregerende gebied bevoeg is "om wette te maak wat nie met hierdie Wet strydig is nie met betrekking tot al die aangeleenthede in Bylae 1 bedoel". Item 21 bylae 1 lui soos volg: "Die beskerming van lewe, persone en eiendom en die voorkoming van dieremishandeling."

Die hof beslis dat item 21 nie uitdruklik vir ondersoek en aanhouding sonder verhoor met betrekking tot hierdie misdade voorsiening maak nie (732D-E). Ten aansien van die vraag of sodanige bevoegdheid geïmpliseer is, verklaar die hof dat aangesien nasionale state oor oorspronklike wetgewende bevoegdhede beskik, ongeldigverklaring nie op grond van onredelikheid kan geskied nie (732F-G). Die enigste kriterium is of die inhoud van die 1987-KwaZulu Wet met die 1971-Grondwet en -bylae te versoen is. Dit hou in dat die 1987-wet slegs geldig kan wees as dit verband hou met die beskerming van lewe, persone en eiendom (733F-H). Die hof gee toe dat die KwaZulu wetgewende vergadering naas die hierbovermelde uitdruklike item 21-bevoegdhede ook oor alle bevoegdhede

> "reasonably required or necessary or incidental or ancillary to the power to make laws with regard to the protection of life, persons and property"

beskik (733F-G). *In casu* val die klem egter op ondersoek en aanhouding (en nie op die beskerming van lewe, persone en eiendom nie); gevolglik ontbreek die nodige *nexus*.

Die hof volg in wese die benadering in *Makhasha v Minister of Law and Order, Lebowa* 1988 3 SA 701 (A) met betrekking tot die oorspronklike aard, omvang en interpretasie van nasionale state se wetgewende bevoegdhede (sien daaroor die bespreking van Du Plessis en Olivier 1989 *De Jure* 372-378).

3 Wysiging van bestaande wetgewing deur die staatspresident

Die vraag of die staatspresident oor die bevoegdheid beskik om bestaande wetgewing van 'n nasionale staat indirek te wysig, het in die *Mngadi*-saak ter sprake gekom.

Die respondent is in 'n Natalse streekhof skuldig bevind aan 'n oortreding (op 1984-05-06) in KwaZulu van artikel 7(1) hoofstuk 2 gelees met artikels 7(1A-B) en ander artikels van die 1967 Wetboek van Zoeloereg (Prok R195 van 1967-08-04 SK 839) asook artikel 124(3) van die KwaZulu Wet op die Wetboek van Zoeloereg 6 van 1981. Dit het betrekking op die bywoon van 'n gewapende byeenkoms. Die 1967-Wetboek is (Prok R266 van 1978-10-20 SK 2678) uitgereik deur die staatspresident kragtens artikel 24 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927), gewysig deur die invoeging van artikels 7(1)(c) en 7B(2) ten opsigte van verpligte minimum strawwe (15C-F).

Die hof *a quo* (*S v Mngadi* 1986 1 SA 526 (N)) het beslis dat die 1978-wysigings *ultra vires* die wysigingsbevoegdheid kragtens artikel 24 van die 1927-wet is aangesien die 1978-proklamasie 'n nuwe misdryf daargestel het (15F-H). Volgens die hof sluit die begrip "wysig" die invoeging van nuwe maatreëls uit.

Appellant betoog op grond van sy interpretasie van artikel 24 (1927-wet) dat die 1978-proklamasie ook in KwaZulu van toepassing is. Hy beweer dat naas die wetgewende bevoegdhede van die KwaZulu wetgewende vergadering om kragtens die 1971-Grondwet die 1967-Wetboek te wysig (of te vervang), die staatspresident steeds bevoeg bly om kragtens artikel 24 op indirekte wyse die 1967-Wetboek aan te pas (18I-19A 19I-J).

Die hof vind dit vir doeleindes van die uitspraak nodig om 'n uiteensetting van die ontwikkelingsgang van die verskillende Natalse wetboeke te gee (15J-17A). Dit word gevolg deur 'n bespreking van die wysigings aan artikel 24 van die 1927-wet (17B-18E). Derdens word die konstitusionele ontwikkeling van

KwaZulu weergegee met die oog op die vasstelling van die omvang en inhoud van KwaZulu se wetgewende bevoegdhede (18F-19D). KwaZulu het (Prok R70 van 1972-03-20 SK 1594) 'n wetgewende vergadering verkry. Artikel 18 van die Grondwet van die Nasionale State 21 van 1971 bepaal dat bestaande wetgewing totdat dit gewysig is, van toepassing bly. Op 1 Februarie 1977 verkry KwaZulu selfregerende status en beskik voortaan oor uitsluitlike wetgewende bevoegdhede ten aansien van aangeleenthede soos in bylae 1 vermeld (sien a 30(1) hierbo by par 2). Die artikel 24-proklamasiebevoegdheid van die staatspresident (om die 1967-Wetboek te wysig) het gevolglik op 1 Februarie 1977 verval (19B). Om gevolg aan dié toedrag van sake te gee, is artikel 24 gewysig (egter eers in 1980) om uitdruklik te bepaal dat die staatspresident nie oor enige artikel 24-bevoegdhede ten aansien van KwaZulu beskik nie (19C-D I-J).

KwaZulu het in 1981 die 1967-Wetboek herroep en 'n nuwe wetboek (die 1981-Wetboek) by die KwaZulu Wet 6 van 1981 verorden. (Die staatspresident het die nodige goedkeuring vir dié 1981-KwaZulu Wet kragtens a 31(2) van die 1971-Grondwet verleen.) Artikel 124(3) van die 1981-KwaZulu Wet het egter bepaal dat hoofstuk 2 van die 1967-Wetboek (wat onder meer die hierbovermelde a 7 bevat) bly voortbestaan. Die vraag ontstaan watter hoofstuk 2 (die 1967-Wetboek of 1978-wysigingsproklamasie) vanaf inwerkingtreding van die 1981-KwaZulu Wet in KwaZulu van toepassing is. Die hof bevind dat artikel 124(3) van die 1981-KwaZulu Wet slegs verwys na die 1967-Wetboek sonder die 1978-wysigings (19F-20A).

Die 1981-wetboek is daarna in 1985 deur die KwaZulu Wet op die Wetboek van Zoeloereg 16 van 1985 herroep en vervang deur 'n feitlik nuwe wetboek. Weer eens het hoofstuk 2 van die 1967-Wetboek behoue gebly (20C-J).

Die staatspresident het in 1987 van sy artikel 24-bevoegdheid gebruik gemaak om 'n nuwe Wetboek van Zoeloereg vir Natal daar te stel (Prok R151 van 1987-10-09 SK 10966). Die 1978-wysigingsproklamasie is daarin herroep (sien ook *S v Ngubane* 1984 4 SA 223 (N)). Die 1987-Natalse Wetboek is nie op KwaZulu van toepassing nie.

Daar word bevind dat die 1978-staatspresidentsproklamasie nooit in KwaZulu toepassing gevind het nie. Die staatspresident het dus nie 'n bevoegdheid behou om kragtens artikel 24 van die 1927-wet indirek die 1967-Wetboek na verkryging van selfregerende status (1977-02-01) te wysig nie (21A-B).

In 'n *obiter dictum* het appèlregter Viljoen en waarnemende appèlregter Steyn hulle ook oor die interpretasie van die woord "wysig" in artikel 24 (1927-wet) uitgelaat. Hulle is van mening dat "wysig" by oorspronklike en afgeleide wetgewing dieselfde betekenis dra, naamlik invoeging, herroeping, vervanging of 'n kombinasie hiervan (21B-G):

> "For the purposes of s 24 of the Act (38 of 1927) the State President is a subordinate legislator . . . but he is a legislator nevertheless and I do not appreciate why any meaning other than the meaning which it bears in relation to legislation by the sovereign legislator should be affixed to the word 'amend' when used in relation to delegated legislation. Invariably the term 'amend' is, in the legislative process, used as a comprehensive term indicating, with particular reference to the provision concerned, whether the amendment is of the nature of an insertion or repeal or substitution or a combination of any of these varieties of amendment" (21D-F).

Die meerderheid van die hof (Grosskopf AR, Smalberger AR en Viviers AR) wou hulle nie hieroor uitlaat nie: "[We] prefer to express no opinion on this issue and consequently leave it entirely open" (21H-I).

4 Geldigheid van staatspresidentsproklamasies: verkiesings van wetgewende vergaderings

Die regsvraag in die *Machika*-saak was of die staatspresident regtens opgetree het toe hy Proklamasie R114 van 1984-07-06 (SK 903 wat Prok R205 van 1979-09-14 SK 6661 wysig) uitgereik het. In hierdie proklamasie is slegs manlike kiesers bo die ouderdom van 21 jaar toegelaat om vir die wetgewende vergadering van KwaNdeble te stem (20G).

Die applikante (vyf vroue) het beweer dat Proklamasie R114 *ultra vires* en die verkiesing ongeldig is (20H-I). Hulle is gegrief omdat hulle van die verkiesing uitgesluit is terwyl hulle eintlik die verantwoordelikheid in 'n samelewing dra waar die meeste mans trekarbeiders is (22D-H). Die grondslag van die aansoek berus op artikel 2 van die 1971-Grondwet wat die staatspresident magtig om 'n wetgewende vergadering in te stel. Die magtigende artikel verleen nie aan hom die bevoegdheid om tussen verskillende geslagte te diskrimineer nie en gelyke behandeling moet dus voorop staan (20J-21A 22H).

Die respondente daarteenoor beweer dat die 1971-Grondwet juis ongelykheid veroorloof. Hulle argument berus op die konstitusionele geskiedenis van die nasionale state en die feit dat die 1971-Grondwet met die Wet op Swart Owerhede 68 van 1951 saamgelees moet word. (Volgens a 38(2) van die 1971-Grondwet moet dit en die hoofwet (a 38(1) van die 1951-wet) as een gelees word.) Daar word beweer dat slegs mans volgens volkstradisie in owerheidsinstellings kan dien. As gevolg van samesprekings met die kabinet van KwaNdebele en die aandrang van die hoofminister is besluit om net aan mans stemreg te verleen (23J-25J). Die 1971-Grondwet is ondergeskik aan volksgewoontes indien dit met die 1951-wet saamgelees word. Daarom, is betoog, moet nuwe bestuurstelsels op tradisionele reg en gewoontes van KwaNdebele berus (26A-E). (In dié verband steun respondente op *Mathebe v Regering van die Republiek van Suid-Afrika* 1988 3 SA 667 (A). Die hof beskou die *Mathebe*-saak nie as gesag nie aangesien dit oor die inlywing van verskillende volkseenhede in die geografiese gebied van een nasionale staat gehandel het (27C-28A).)

Volgens die hof moet die saak op grond van wetsuitleg beslis word. Proklamasie R205 (kragtens a 2 uitgevaardig) magtig die staatspresident om 'n wetgewende vergadering in te stel ('n verkiesing is nie noodsaaklik nie). Dié vergadering moet by die strukture en gebruik van die betrokke volk inpas (21G-H). Proklamasie R114 bepaal hoe die wetgewende vergadering saamgestel moet word. Onder andere moet sestien lede deur die kiesers verkies word. "Kiesers" is alle manlike burgers van KwaNdebele bo 21 jaar. (KwaNdebele het selfregerende status kragtens Prok R60 van 1981-03-21 SK 7499 verkry.) "Burgers" word nie in die 1971-Grondwet omskryf nie. In die omskrywing van die Wet op Burgerskap van Nasionale State 20 van 1976 word vroue egter nie uitgesluit nie (21F-G).

Proklamasies uitgereik deur die staatspresident kragtens artikel 2 (1971-Grondwet) is gedelegeerde wetgewing. Die staatspresident se bevoegdhede is dus beperk tot dit wat die magtigende bepaling hom uitdruklik of deur onbetwisbare wetsduiding toelaat. Dit sou die enigste geval wees waar diskriminasie in gedelegeerde wetgewing veroorloof kan wees (22H-23G).

Die hof verwys na *R v Abdurahman* 1950 3 SA 136 (A) 143G-H met betrekking tot die ongeldigverklaring van ondergeskikte wetgewing weens diskriminasie (23A-E):

> "[R]egulations may be declared to be null and void on the ground of unreasonableness in the specialised sense of that word if they are found to be partial and unequal in their operation as between different classes, unless of course the enabling Act specifically authorises such partiality and inequality."

Daar word voorts verwys na die vraag of diskriminasie in ondergeskikte wetgewing *per se* aanvegbaar is, en of ongeldigverklaring slegs kan geskied waar sodanige diskriminasie onredelik is (23 E-H). (Die hof verwys na *Minister of Posts and Telegraphs v Rasool* 1934 AD 167 182 waar laasgenoemde as vereiste vir ongeldigverklaring gestel is.) Die hof bevind dat ongelyke behandeling nie *per se* ongeldigheid meebring nie (23A-E). 'n Verskil word byvoorbeeld gemaak tussen persone bo en onder die ouderdom van 21 jaar. Die vraag kan egter gestel word of daar onderskeid gemaak kan word tussen volwasse persone bo 21 jaar en dan wel tussen mans en vroue. Volgens die hof is sodanige onderskeid diskriminerend:

> "Bygevolg, tensy die 1971-Grondwet dit magtig, is diskriminasie van dié aard, wat totale ongelykheid inhou, ongeldig" (23I-J).

In die *Machika*-saak word die betrokke staatspresidentsproklamasie dus aan die toets van onredelike diskriminasie onderwerp en op dié grond (weens die uitsluiting van vroue) nietig verklaar (23H-I).

Die hof stel dit duidelik dat die normale reëls by die ondersoek na die geldigheid van ondergeskikte wetgewing ook hier geld: " 'n Gedelegeerde kan slegs dit doen wat die magtigende bepaling hom toelaat" (22I-J). Slegs waar die magtigende bepaling (a 2 van die 1971-Grondwet) dit uitdruklik of deur onbetwisbare wetsduiding magtig, kan daar in ondergeskikte wetgewing tussen verskillende kategorieë persone onderskei word (22J-23A):

> "Tensy die magtigende bepaling (*in casu* art 2 van die 1971-Wet), uitdruklik of deur onbetwisbare wetsduiding dit toelaat, kan die gedelegeerde nie op ongelyke wyse tussen die verskillende kategorieë verskille trek wat diskriminasie behels nie."

Ten aansien van respondente se betoog dat die 1971-Grondwet en die 1951-wet saamgelees moet word en dat volkstradisie dus in ag geneem moet word, bevind die hof dat artikel 2 van die 1971-Grondwet iets anders bepaal as artikel 2 van die 1951-wet. Laasgenoemde artikel hou verband met laevlak owerheidstrukture terwyl eersgenoemde 'n nuwe konstitusionele proses daarstel. Artikel 2 van die 1951-wet kan nie aangewend word om artikel 2 van die 1971-Grondwet te interpreteer nie. Dié artikel bepaal soos volg:

> "Behoudens die bepalings van hierdie Wet word 'n wetgewende vergadering uit burgers saamgestel op die wyse wat die staatspresident, na raadpleging deur die Minister van die betrokke gebiedsowerheid, by proklamasie in die *Staatskoerant* bepaal."

Artikel 2(3) van die 1971-Grondwet (herroep by Prok R38 van 1986-03-14 SK 10120) magtig die uitreiking van wysigingsproklamasies met betrekking tot die samestelling van 'n reeds bestaande wetgewende vergadering na raadpleging deur die minister van die betrokke wetgewende vergadering (26F-J). Volksverband kan daarvolgens nie in ag geneem word nie (27A-28A).

Daar is verder ook nie 'n bestaande tradisionele politieke sisteem in KwaNdebele wat op stemreg berus nie. 'n Vrou se status in die gemeenskap kan haar gevolglik nie haar stemreg ontneem nie (28G-H):

> "Die feit dat 'n vrou mindere status het teenoor haar man en in die gemeenskap, het weinig tersaaklikheid wanneer dit kom by die bepaling van stemreg in die openbare lewe, wat vir die hele volk vreemd is. Ek dink ook nie dat daar ruimte is vir 'n soort van kunsmatige mengsel van die ou sieninge en die nuwe bedeling nie."

Die hof verwerp gevolglik die gedagtegang dat die tradisionele beskouing van die KwaNdebele-kultuur die manier van deelname aan die wetgewende vergadering moet bepaal (28B-C 29C-D).

Die plig wat kragtens artikel 2(3) van die 1971-Grondwet op die staatspresident rus om by die wysiging van die samestelling van wetgewende vergaderings die betrokke ministers te raadpleeg, beteken nie dat hy

> "regmatiglik 'n bedeling daar kan stel wat diskriminerend is volgens die standaarde onderliggend aan wetgewing van die Republiek van Suid-Afrika nie" (28J-29A).

Die 1971-Grondwet magtig dus nòg uitdruklik nòg by implikasie onredelike en ongelyke diskriminasie (29E). Proklamasie R114 is onredelik aangesien vroue nie minder as mans geskik is om te stem nie, mans en vroue se belange dieselfde is en vroue in elk geval die leiding neem in plaaslike aangeleenthede as die mans trekarbeid verrig. (Die hof verwys in dié verband na die stryd wat vroue wêreldoor beleef het om stemreg te bekom.) Gevolglik bevind die hof dat Proklamasie 114 *ultra vires* artikel 2 van die 1971-Grondwet is (29E-30C).

5 Evaluasie

Die hofsake wat bespreek is, het verskillende aspekte van die interpretasie van die 1971-Grondwet na vore gebring. Die hof het in die *De Welzim*-saak die toets soos neergelê in die *Makhasha*-appèlhofuitspraak om die bylae-items te interpreteer, toegepas. Naas die bevoegdhede wat uitdruklik deur die betrokke bylae-item verleen word, beskik 'n wetgewende vergadering ook oor die bevoegdheid om wetgewing uit te vaardig wat op een van die volgende wyses met die betrokke item self verband hou:

> "[It must be] reasonably required or necessary or incidental or ancillary to the power to make laws with regard to . . ." (733F-G).

Om te bepaal of 'n spesifieke wet van 'n nasionale staat wel binne die hierbovermelde direkte of verbandhoudende wetgewende bevoegdheid val, lê die hof die kriterium van 'n "direkte en duidelike (klaarblyklike) verband (*direct and palpable connection*) tussen die item en die primêre doelwit van die betrokke wet" (733C-D G-H) neer. Waar die verband indirek en slegs toevallig (*indirect and purely coincidental*) is, bestaan daar nie 'n genoegsame *nexus* om 'n wet binne die trefwydte van die bylae-item te bring nie (733F-G).

Hierdie kriterium om die doel van die wet te toets aan die uitdruklike en geïmpliseerde item-bevoegdhede kom neer op die formulering van 'n *modus operandi* om die *Makhasha*-beginsels toe te pas.

Die *De Welzim*-saak toon weer eens die problematiek rondom die interpretasie van die wetgewende bevoegdhede van nasionale state (soos bepaal in a 30 saamgelees met die bylae van die 1971-Grondwet) duidelik aan. Daar kan met stelligheid beweer word dat die regbank toenemend uitspraak sal moet lewer oor die inhoud, omvang en trefwydte van die betrokke bylae-items om die geldigheid van wetgewende en administratiewe maatreëls vas te stel.

Daar bestaan tans onsekerheid oor die presiese betekenis en trefwydte van die begrip "wysig" in gevalle waar 'n funksionaris oor die bevoegdheid beskik

om ondergeskikte wetgewing te "wysig". Hoewel die hof *a quo* in die *Mngadi*-saak sy uitspraak in verband met die nie-toepaslikheid van die 1978-proklamasie op 'n eng interpretasie van "wysig" baseer, bevind die appèlhof dat die staatspresident by die toekenning van selfregerende status sy artikel 24-bevoegdhede verloor. In 'n sterk bewoorde *obiter dictum* bevind twee appèlregters dat die inhoud van die begrip "wysig" nie aan die hand van 'n wye of 'n eng interpretasie vasgestel kan word nie. Na hulle mening dra dié begrip by magtigende wetgewing presies dieselfde betekenis as in die geval van parlementêre wetgewing. Dit wil egter voorkom of die hof hom weerspreek wanneer direk daarna gesê word dat die omvang van die staatspresident se gedelegeerde wetgewende bevoegdheid in gepaste gevalle vasgestel moet word (21F-G).

Die uitgebreide bespreking oor die aard, inhoud en effek van die staatspresident se wetgewende bevoegdhede kragtens artikel 24, die ontwikkelinge in 1985 en 1987 in KwaZulu en Natal onderskeidelik asook al die wysigings aan artikel 24 sedert 1980 sou onnodig gewees het indien die hof sy uitspraak op 'n analise van artikel 30(1) van die 1971-Grondwet gebaseer het. Met die verkryging van selfregerende status op 1 Februarie 1977 het die KwaZulu wetgewende vergadering uitsluitlike wetgewende bevoegdheid met betrekking tot die bylae-items verkry. Indien aanvaar word dat KwaZulu wel bevoeg is om die destydse 1967-wetboek te wysig en selfs te herroep (wat die hof wel doen), verval die staatspresident se artikel 24-bevoegdhede en alle aanpassings na selfregerende status. Vanaf dié datum is die staatspresident gevolglik slegs bevoeg om sy bevoegdhede vir Natal (buite KwaZulu) uit te oefen. Dieselfde geld ten aansien van parlementêre wetgewing in die verband.

Hierdie saak dui weer eens daarop hoe onsekerheid oor die bestaan van konkurrente wetgewende bevoegdhede waarskynlik talle mense oor die loop van jare (in hierdie geval vanaf 1978 tot die hof *a quo* se uitspraak in 1986) nadelig kan raak. (Die vraag kan tereg gestel word of daar nie oorweeg moet word om 'n remedie aan die *Mngadi*-tipe benadeeldes te verskaf nie - gesien die feit dat die verpligte minimumstraf een jaar onopgeskorte gevangenisstraf was.)

Dit is opmerklik dat die hooggeregshof toenemend van deskundige getuienis in sake rakende die nasionale state gebruik maak. Net soos in *Lefuo v Staatspresident* 1989 3 SA 924 (O) en die *Mathebe*-saak, het die hof in die *Machika*-saak ook van kundiges gebruik gemaak om enersyds die historiese ontwikkeling en andersyds die huidige bevolkingsamestelling vas te stel.

Daar bestaan twee benaderings waar die magtigende wetgewing nie die uitreiking van diskriminerende ondergeskikte wetgewing uitdruklik of by implikasie magtig nie. In die een geval is sodanige ondergeskikte wetgewing nietig as dit *per se* diskrimineer. Die ander benadering is dat nietigheid slegs in gevalle van onredelike diskriminasie intree. In die *Machika*-saak word laasgenoemde gevolg. Relatiewe ongelykheid (soos minderjarigheid) is volgens die hof wel 'n geldige onderskeidingskriterium. Totale ongelykheid (bv die uitsluiting van vroue se stemreg) is daarenteen ontoelaatbaar. Die standpunt van die hof dat ongeldigheid volg wanneer die betrokke ondergeskikte maatreël "op 'n ongelyke wyse verskille trek wat diskriminasie behels" (22J-23A), kan moontlik in die toekoms aanleiding gee tot juridiese sanksionering van gelyke afsonderlike behandeling. Dit sou neerkom op die herinvoering van die "separate but equal"-benadering. Die vraag ontstaan of daar nie kennis geneem moet word nie van watter faktore algemeen op internasionale vlak as nie-toelaatbare onderskeidingskriteria (bv

ras) aanvaar word; in sodanige gevalle behoort die vraag na relatiewe en absolute diskriminasie glad nie na vore te kom nie (en dié wetgewing sal dan *per se* ongeldig wees).

Daar moet verskil word met die hof se stelling dat 'n diskriminerende bedeling nie deur die standaarde onderliggend aan die Suid-Afrikaanse wetgewing veroorloof word nie. Een van die wesenskenmerke van die Suid-Afrikaanse reg is juis die rasgebaseerde aard daarvan. In hierdie verband vorm die Bevolkingsregistrasie Wet 30 van 1950 en die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 110 van 1983 die grondslag van die konstitusionele regsorde. In talle ander wetgewende maatreëls (bv die Wet op Groepsgebiede 32 van 1966; Wet op Geestesgesondheid 18 van 1973; Wet op Basiese Diensvoorwaardes 3 van 1983) word diskriminasie op verskillende gronde (bv ras en bepaalde kategorieë persone soos plaaswerkers) gemagtig.

Sedert 1986 met die herroeping van artikel 2(3) van die 1971-Grondwet en die invoeging van item 17(c) is 'n wetgewende vergadering bevoeg om self sy samestelling te wysig (Prok R38 van 1986-04-14 SK 10120). (Kragtens a 37A van die 1971-Grondwet is die staatspresident bevoeg om wanneer hy die bylae wysig, ook die 1971-Grondwet self *mutatis mutandis* by wyse van proklamasie te wysig.) Indien aanvaar word (soos deur die appèlhof in die *Makhasha*-saak) dat nasionale state oor oorspronklike wetgewende bevoegdhede beskik, ontstaan die vraag of vroue by wyse van eie wetgewing (bv 'n kieswet) deur die nasionale staat self van stemreg uitgesluit kan word.

Nieteenstaande toenemende probleme rondom die interpretasie, trefwydte en inhoud van die 1971-Grondwet (soos duidelik uit onder meer die drie bespreekte beslissings blyk), is die Wysigingswetsontwerp op die Grondwet van die Nasionale State (W 118-90 (AS)) in 1990 ingedien. Daarkragtens word voorsiening gemaak vir die uiteindelike oordrag van gevangenisse by wyse van ooreenkoms na die nasionale state, asook ondersoeke na aangeleenthede van openbare belang op versoek van die kabinet van 'n nasionale staat. Bepaalde probleme wat weens die oordrag van grond (en verbandhoudende aangeleenthede) in 1986 aan nasionale state ontstaan het (in die besonder die verbod op aanwending ten voordele van nie-burgers), word ook in die 1990-wetsontwerp uitgeskakel. Reeds sedert die onderskeie datums van verkryging van selfregerende status het nasionale state huwelike tussen burgers en nie-burgers kragtens eie wetgewing voltrek. Dit blyk dat nasionale state nooit oor die bevoegdheid beskik het om hulle huwelikswetgewing op nie-burgers van toepassing te maak nie. Hierdie wetsontwerp wysig item 26 van die bylae met terugwerkende krag om al sodanige nietige huwelike met regskrag te beklee. Dit laat ook die vraag ontstaan oor die sogenaamde ekstraterritoriale werking van nasionale state se wetgewing. Dié benadering om die bevoegdhede van wetgewende vergaderings verder uit te brei, vind ook vergestalting in die wysiging van die titel van die 1971-Grondwet na die "Die Grondwet van die Selfregerende Gebiede".

Die bespreking van die drie uitsprake hierbo en verbandhoudende probleme gee egter juis blyke van 'n teenoorgestelde behoefte om die wetgewende bevoegdhede van nasionale state te beperk of dit ten minste duideliker af te baken.

W DU PLESSIS
NJJ OLIVIER
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

DIE TOEPASSING VAN DIE WISSELWET OM VADERSKAP TE BEPAAL EN VAN DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG OP BERGING

Reck v Mills 1990 1 SA 751 (A)

Inleiding

Die grappie word vertel van Giuseppe wat in die hof beland het weens 'n dispuut oor vaderskap en 'n onderhoudseis teen hom. Giuseppe het erken dat hy by die eiser gebly het en dat hy ook met haar gemeenskap gehad het maar het ontken dat hy die vader van haar kind was. Sy verweer was eenvoudig, of so het hy altans gedink: hy was nog net ses maande in die land, die vrou was nog nooit uit die land nie en die kind waarvan hy beweer word die vader te wees, is na 'n normale swangerskap van nege maande gebore. Hy kon dus nie die vader wees nie. Uitspraak is voorbehou en Guiseppe was vol vertroue dat hy sy saak sou wen. Tot sy groot verbasing bevind die hof egter dat hy wel die natuurlike vader van die kind is en dat hy gevolglik vir onderhoud aanspreeklik is. Die hof het sy uitspraak op artikel 53 van die Wisselwet gebaseer wat bepaal dat elke endossant die houer van 'n gedishonoreerde wissel sal vergoed en dat hy belet word om teenoor 'n reëlmatige houer die egtheid in alle opsigte van die oorspronklike trekker se handtekening te ontken.

Reck v Mills neig om soos die Guiseppe-grappie 'n presedent daar te stel van hoe totaal onvanpaste regsreëls op 'n bepaalde feitestel aangewend word.

Feite, hofuitsprake en kommentaar van skrywers

Die feite van *Reck v Mills* is vir doeleindes van hierdie bespreking eenvoudig. Die *Antipolis* was 'n prysgegewe skeepswrak aan die Kaapse kus. Mills en Reck het 'n ooreenkoms aangegaan om bepaalde dele, die kondensors en hulle inhoud, van die wrak te berg. Hiermee was hulle besig toe slegte weer hulle werksaamhede onderbreek het. Reck het daarna met die berging voortgegaan maar toe met ene Hartman as medeberger. Mills beweer dat die wrak *res derelicta* is, dat hy en Reck mede-eienaars van die kondensors en hulle inhoud geword het en dat Reck en Hartman hom wederregtelik van sy besit daarvan ontneem het.

Die hof *a quo* het die Romeins-Hollandse reg ten opsigte van die *occupatio* van 'n wilde dier, wat 'n *res nullius* is, toegepas en tot die slotsom gekom dat daardie regsbeginsels met 'n draai en 'n wikkel op berging toegepas kan word! Volgens die hof is daar genoeg gesag in die gemenereg om 'n interdik te verleen teen die persoon (die "gate-crasher") wat inmeng met die aktiwiteite van die berger (die "original hunter") solank laasgenoemde nog besig is om aan die wrak te werk (of om die gewonde dier te agtervolg). Die hof vat sy regstoepassing saam met die woorde:

> "I am aware that this would recognise a right (not a right of ownership) to a person engaged in salvage – it seems to me that the rules of fairness and justice so demand" (97).

Hartman word vervolgens belet om aan die kondensors te werk en Reck om sonder die medewerking van Mills daaraan te werk.

Die appèlhof beskou die hof *a quo* se uitbreiding van die gemeenregtelike beginsels oor die jag van diere na berging as verkeerd en ongegrond (759). Volgens die appèlhof moes die hof *a quo* vasgestel het of Mills op 'n mandament van spolie geregtig was. Hierop was hy, volgens die appèlhof, nie geregtig nie omdat hy nooit fisieke beheer oor die kondensor gehad het nie (*ibid*). Mills was ook nie op 'n tydelike interdik geregtig nie omdat hy nooit besit van die kondensor gehad het nie en dus ook nie eienaar daarvan kon gewees het nie. Hy kon ook nie 'n permanente interdik verkry nie weens die afwesigheid van enige duidelike reg oor die kondensor aan sy kant (*ibid*). Die appèl teen Mills slaag in die appèlhof.

Die hof *a quo* se uitspraak het heelwat kommentaar van akademici ontlok (sien bv Lewis "How Reck lost the wreck" 1988 *BML* 16 ev; Badenhorst en Coetser "Die berging van skeepswrakke – enkele aspekte" 1989 *TSAR* 137 ev; Sonnekus "Besitsverkryging oor 'n skeepswrak as *res nullius*" 1989 *TSAR* 1989 720 ev). Die kommentaar gaan hoofsaaklik oor eiendomsverkryging van 'n *res derelicta* deur middel van besit (Lewis), die beskerming van besit en die beskerming van vorderingsregte (Badenhorst en Coetser) en besitsverkryging en die betekenis van beheer (Sonnekus). Die gemeenskaplike van die kommentaar en die beslissings is dat daar eenvoudig aanvaar word dat die gewone reëls van die privaatreg en die Romeins-Hollandse reg op die feitestel van toepassing is. Verwysings na die Romeins-Hollandse reg is dan ook oorvloedig. Die kommentaar en die beslissings was by die eerste deurlees daarvan verrassend aangesien hulle gebaseer was op 'n feitestel wat maklik in 'n kursus soos internasionale seevervoer gevra kon gewees het. Feit is egter dat 'n mens die probleem uit 'n maritieme regsoogpunt heeltemal anders sou benader het. Vanuit die hoek van die seereg wil dit so half-en-half lyk of die beslissings en die kommentare die Wisselwet op 'n vaderskapprobleem toegepas het.

Indien die probleem vanuit die maritieme reg of die admiraliteitsreg benader word, wat myns insiens ook die korrekte optrede sou gewees het, sien die antwoord naasteby soos volg daar uit:

Identifikasie van die probleem

Die probleem sentreer waarskynlik om berging en die oplossing behoort in die maritieme reg gesoek te word. Die vraag is of 'n persoon wat besig is met berging ongesteurd met sy bergingspoging mag voortgaan en of sy besit wat nodig vir die berging kan wees, beskerm sal word.

Ingevolge die Wet op die Reëling van Admiraliteitsjurisdiksie 105 van 1983, (hierna die WRAJ genoem), is enige eis vir berging (of wat die aard daarvan het), met inbegrip van 'n eis in verband met die verdeling of toebedeling van bergingsloon, 'n maritieme eis wat binne die admiraliteitsjurisdiksie van die hooggeregshof val (a 1(1)(j) gelees met a 2). Dit geld ook vir enige eis in verband met 'n maritieme retensiereg en enige eis wat voortspruit uit of bykomstig is tot berging (a 1(1)(v) en (y)). Die vraag is of mens juridies met berging te doen het indien gepoog word om 'n prysgegewe wrak, of dele daarvan, te berg. Hierop gee die WRAJ geen antwoord nie. Die antwoord sal in die gemenereg en ander wetgewing gesoek moet word.

Die reg van toepassing op berging

Volgens artikel 6(1)(a) van die WRAJ moet 'n hof by die uitoefening van sy admiraliteitsjurisdiksie die Engelse reg soos op 1 November 1983 toepas met betrekking tot aangeleenthede waaroor die Colonial Courts of Admiralty voorheen jurisdiksie gehad het. Die koloniale admiraliteitshowe het volgens artikel 2(2) van die Colonial Courts of Admiralty Act 1890 (53 & 54 Vict c 27) dieselfde jurisdiksie as die Engelse High Court of Admiralty gehad (sien Booysen "Admiraliteitshowe in die Suid-Afrikaanse reg" 1973 *THRHR* 250). Volgens artikel 6 van die Admiralty Court Act 1840 (3 & 4 Vict c 65) het die High Court of Admiralty jurisdiksie gehad "to decide all claims and demands whatsoever in the nature of salvage". Ons koloniale admiraliteitshowe het dus jurisdiksie oor berging gehad; gevolglik is die Engelse reg op berging van toepassing (sien *Petjalis Engineering Works (Pty) Ltd v SA Transport Services* 1988 1 SA 103 (K) 112). Die toepaslike Engelse reg is egter onderworpe aan enige statutêre bepaling wat op die onderwerp, dit wil sê berging, van toepassing is (sien a 6(2) van die WRAJ en die *Petjalis*-saak *supra* 112). Die Handelskeepvaartwet 57 van 1951 (hierna die HSVW genoem), bevat wel bepalings oor berging en moet dus saam met die Engelse reg toegepas word.

Die blote feit dat die Engelse reg (soos aangevul deur toepaslike statutêre bepalings) op berging van toepassing is, los egter nog geensins die hele probleem op nie. In die lig van die bepaalde feitestel kan daar twyfel wees of die werk op en verwydering van dele van die wrak juridies berging uitmaak. Die vraag is dus of 'n mens hoegenaamd met berging te doen het en eers as 'n positiewe antwoord daarop verkry word, sal 'n mens weet dat die Engelse reg die toepaslike reg is. Watter regstelsel moet nou toegepas word om te bepaal wat berging is? Ideaal gesproke sou 'n mens wou hê dat die Suid-Afrikaanse reg met sy basis in die Romeins-Hollandse reg toepaslik behoort te wees op die jurisdiksionele kategorisering. Dit sou in ooreenstemming wees met die standpunt dat 'n wet so uitgelê moet word dat dit die gemenereg so min as moontlik wysig (sien Myburgh "Recognition of foreign maritime liens" 1989 *SALJ* 267 met 'n beroep op *Stadsraad van Pretoria v Van Wyk* 1973 2 SA 779 (A) 784). Die invoering van die Engelse reg op berging is 'n radikale ingryping in ons gemenereg, veral as in gedagte gehou word dat die WRAJ so geïnterpreteer kan word dat die Romeins-Hollandse reg as afgeskaf beskou word oor al die aangeleenthede wat volgens die WRAJ deur die Engelse reg beheers word, dit wil sê ook oor berging. (Sien bv Shaw *Admiralty jurisdiction and practice in South Africa* (1987) 72 ev waar hy die Romeins-Hollandse reg as hoofsaaklik nog van toepassing op seeversekering beskou. Sien ook Friedman "Maritime law in the courts after 1 November 1983" 1986 *SALJ* 684.) Ons howe het egter beslis dat die Engelse reg ook deurslaggewend is wat die kategoriseringsvraag betref. Volgens die howe bepaal die Engelse reg wat met berging, 'n maritieme retensiereg, ensovoorts bedoel word (sien bv *Oriental Commercial and Shipping Co Ltd v MV Fidias* 1986 1 SA 714 (D) 718; *Transol Bunker BV v MV Andrico Unity* 1987 3 SA 794 (K) 801 822, 1989 4 SA 325 (A) 335). As motivering word gegee dat 'n koloniale admiraliteitshof die bevoegdheid sou gehad het om sy eie jurisdiksie te bepaal (*MV Fidias*-saak *supra* 718) met die gevolg dat die Engelse reg toegepas moet word om te bepaal of 'n mens hoegenaamd met berging te doen het.

Kan 'n prysgegewe wrak geberg word?

Die doel is nie om hierdie vraag volledig te beantwoord nie. Daar sal slegs kortliks aangetoon word dat daar genoegsame aanknopingspunte in die Engelse reg is dat 'n mens wel by die uithaal van 'n prysgegewe wrak met berging te doen het en dat die behandeling van berging in die Engelse reg ten minste aandag in *Reck v Mills* verdien het.

Daar is duidelike aanknopingspunte in vroeëre Suid-Afrikaanse sake dat 'n prysgegewe wrak wel geberg kan word (*The Master of the SS Politician v The Master of the Cromartyshire* (1902) 19 SC 147 151; *Associated Boating Companies v Baardsen* (1895) 12 SC 330 334; *Union-Castle Steamship Co v Herbst* (1901) 18 SC 332 336). Hierdie sake se gesag is, in die lig van die bepalings van die WRAJ, nou onseker. Hulle is nietemin beslissings van die Kaapkolonie waar die Engelse reg uit hoofde van Wet 8 van 1879 gegeld het en nie die Romeins-Hollandse reg nie (sien Booysen 252). Die beslissings was inderdaad ook op die Engelse reg gebaseer met die gevolg dat hulle sekerlik as sterk oorredende bronne van die Engelse reg gesien kan word; ook verskil hulle in 'n belangrike opsig van *Reck v Mills* deurdat die oorspronklike eienaars wel weer hulle goedere kom opeis het ten spyte van die feit dat waarnemende hoofregter Buchanan in die *Herbst*-saak beslis het dat die skip 'n wrak, prysgegee en 'n "derelict" was (336). Die sake toon dan ook dat 'n prysgegewe wrak in die maritieme reg nie noodwendig 'n *res nullius* word wat deur *occupatio* verkry kan word nie.

Artikel 301 van die HSVW bepaal uitdruklik dat indien 'n wrak in of naby die kus gevind word, soos wel die geval in *Reck v Mills* was (sien 754), en diens word deur enige persoon gelewer om daardie wrak te red, daardie persoon op 'n redelike bergingsloon van die eienaar geregtig is. Volgens die omskrywing van "wrak" in artikel 2 van die HSVW is dit duidelik dat enige weggeworpe en prysgegewe deel van 'n skeepswrak daaronder ingesluit word. Die poging om sekere dele van die prysgegewe skip in *Reck v Mills* te red of uit te haal, was 'n poging tot berging volgens die HSVW en die Engelse reg; die HSVW was dus klaarblyklik van toepassing.

Alhoewel dit alreeds uit die HSVW se bepalings duidelik is dat 'n wrak geberg kan word, is dit inderdaad ook die posisie in die Engelse reg. Trouens, die bepalings van die HSVW blyk op die bepalings van artikel 546 van die Engelse Merchant Shipping Act van 1894 gebaseer te wees (sien bv Williams en Bruce *Jurisdiction and practice of the English courts in admiralty actions and appeals* (1902) (herdruk 1986) 145; Thomas *Maritime liens* (1980) par 265 278 283–286 295). *Res derelicta*, dit wil sê goed wat prysgegee is met die bedoeling om nie weer besit daarvan te neem nie, kon wel volgens die Engelse reg geberg word (sien Thomas par 285); die eienaars kon desnietemin weer die goedere opeis as hulle dit kon identifiseer. (Williams en Bruce 146 vn t. Sien ook die interessante aantekening van Lighton "A question of abandonment" 1964 *THRHR* 138 ev waar hy aantoon dat ook volgens die Romeins-Hollandse reg die eienaar weer sy prysgegewe gebergde wrak kon opeis.) Die feit dat 'n saak *res derelicta* was, is wel belangrik omdat dit gewoonlik die bergingsloon verhoog (sien Thomas par 285). As gevolg van die feit dat die berger sy loon direk teen die wrak kon afdwing, byvoorbeeld deur middel van 'n aksie *in rem* (sien Thomas par 296), is die feit dat die eienaar nie te voorskyn kom nie, onbelangrik. Ook artikel 304 van die HSVW bepaal dat 'n wrak deur 'n bergingsbeampte aangehou kan word

totdat die bergingsloon betaal is of totdat 'n geding teen die wrak aanhangig gemaak is.

Die beskerming van 'n berger wat besig is met bergingsdiens

Die volgende vraag wat ontstaan, is of 'n eerste berger wat nog met sy berging besig is, geregtig is op beskerming teen ander moontlike en latere bergers. In die hof *a quo* het regter Burger sodanige reg aan die berger toegestaan. In *Salvage Association of London v SA Salvage Syndicate* (1906) 23 SC 169 172 het die hof ook sodanige reg op beskerming, behalwe teen die eienaars en die staat, erken.

Die HSVW gee aan 'n bergingsbeampte die bevoegdheid om die belemmering van bergingsaktiwiteite te verhoed en lê ook 'n algemene verpligting op persone om nie bergingsaktiwiteite te verhinder nie (sien a 296 en 299). Die artikels blyk egter nie van toepassing te wees nie op die geval waar daar 'n konflik ontstaan tussen twee bergers of twee groepe bergers, soos wat die geval in *Reck v Mills* was.

Die eerste berger van 'n verworpe wrak se besit word wel in die Engelse reg erken en so ook die bevoegdheid om beheer daarvan te neem en om ander potensiële bergers te verhoed om met sy bergingspoging in te meng. Die eerste okkupant van die wrak verkry dus 'n uitsluitlike en gevestigde reg op berging mits hy die vermoë het om daardie berging alleen uit te voer (sien Williams en Bruce 162 veral vn s waar 'n beroep op *The Dantzic Packet* 3 Hagg 385 gedoen word). Hy sal na alle waarskynlikheid die hof van sodanige vermoë moet oortuig. Weier die eerste berger bergingshulp en kan hy nie die berging met sekerheid en gerief suksesvol uitvoer nie, maak hy hom skuldig aan wangedrag en kan hy sy bergingsloon verbeur (Williams en Bruce 161). Persone kan dus nie sonder redelike gronde inmeng in bergingsdienste wat alreeds aan die gang is nie (*idem* 174). Doen hulle dit wel, kan hulle hul reg op bergingsloon verbeur (*idem* 174 vn d).

Interessantheidshalwe kan laastens na 'n Amerikaanse saak gekyk word wat redelik analoog is aan *Reck v Mills*. In *Rickard v Pringle* 293 F Supp 981 (1968) het X begin om die skroef van 'n wrak wat al sedert 1902 op die seebodem gelê het, as *res derelicta* te berg. Hy slaag daarin om die skroef los te maak maar voordat hy besit daarvan kon neem en in sy tydelike afwesigheid, sleep Y die skroef weg en neem besit daarvan. Y se verweer is eenvoudig dat die skroef nie X se eiendom was nie en dat hy dit dus kon neem. Die Amerikaanse hof het die beginsels van berging toegepas om die saak op te los. Die hof beslis dat X wel besit van die skroef gehad het alhoewel dit nog op die seebodem gelê het omdat hy suksesvol besig was om die bergingsdiens deur te voer:

> "It is evident that Plaintiff was successfully prosecuting the salvage operation and did not abandon it at any time and thus was entitled to the rights of a first salvor legally in possession" (984).

Met hierdie besit van die berger kan nie ingemeng word nie en dit sal deur die hof beskerm word (985).

Sonder om verder daarop in te gaan, kan aangeneem word dat die besit of okkupasie wat vereis word om bergingsdiens uit te voer en dus om die eerste berger te beskerm, 'n soepeler toets vereis as besit of okkupasie wat nodig is vir eiendomsreg of vir die toestaan van 'n mandament van spolie. Die toets wat die appèlhof in *Reck v Mills* vir besit en beheer gestel het vir doeleindes van die mandament van spolie en van 'n "clear right" met die oog op 'n permanente

interdik, was vir die beskerming van die eerste berger waarskynlik te streng; nietemin het dit in elk geval 'n ander doel nagestreef. Regter Burger se beskerming van die eerste berger lyk meer korrek maar ongelukkig het hy, net soos die appèlhof, ander regsbeginsels toegepas.

Slot

Bogenoemde bespreking dui daarop dat sowel die hof *a quo* as die appèlhof in *Reck v Mills* waarskynlik die verkeerde regsbeginsels op die feite toegepas het. In elk geval het hulle nagelaat om ten minste die bepalings van die WRAJ en die HSVW te bespreek en te oorweeg – iets wat hulle myns insiens behoort te gedoen het. In my oorspronklike kommentaar op die WRAJ het ek die standpunt ingeneem dat die howe hulle gewone konkurrente jurisdiksie in maritieme aangeleenthede met die Romeins-Hollandse reg as toepaslike regstelsel behou het en dat daar nie geredelik aanvaar moet word dat die Romeins-Hollandse reg oor maritieme aangeleenthede, behalwe dit wat uitdruklik in artikel 6(1)(b) van die WRAJ voorbehou word, afgeskaf is nie (sien Booysen "South Africa's new Admiralty Act: a maritime disaster?" 1984 *MB* 75 veral 79 83 86). In effek is dit eenvoudig wat die appèlhof gedoen het. Ongelukkig is dit egter nie so 'n vanselfsprekende interpretasie van die WRAJ nie en sou 'n mens steeds ten minste 'n bespreking van die bepalings van die WRAJ wou gesien het. Artikel 7(2) van die WRAJ bepaal dat indien die vraag in verrigtinge voor 'n provinsiale hof ontstaan of 'n aangeleentheid wat voor daardie hof hangende of aan die gang is, een is wat op 'n maritieme eis betrekking het, moet die hof die vraag beslis en indien die hof beslis dat dit wel so 'n aangeleentheid is, moet die aksie voortgaan in 'n hof wat bevoeg is om sy admiraliteitsjurisdiksie uit te oefen. Soos alreeds aangetoon is, is berging so 'n aangeleentheid en moet die hof by die uitoefening van sy admiraliteitsjurisdiksie die Engelse reg toepas. Maar beteken dit dat indien die partye voor die hof nie die vraag te berde bring nie, dit wil sê eenvoudig onderling ooreenkom dat die saak deur die hof ingevolge sy normale jurisdiksie en volgens die gewone Suid-Afrikaanse reg beslis moet word, of indien die partye eenvoudig net vergeet van die WRAJ, die hof nie nodig het om die vraag te beslis nie en sy gewone jurisdiksie kan uitoefen? Het die partye in effek dan 'n keuse volgens watter regstelsel en watter jurisdiksie hulle die geskil besleg wil hê? Dit is natuurlik 'n verdere implikasie van die appèlhof se beslissing. 'n Ander afleiding is dat die hof nie onder 'n verpligting is om *mero motu* die vraag te berde te bring of daar met 'n maritieme eis te doen gekry word nie.

Selfs al word al hierdie implikasies aanvaar, behoort die bepalings van die HSVW toegepas te gewees het in *Reck v Mills*, dit wil sê die bepalings ten opsigte van berging. Artikel 306 van die HSVW bepaal uitdruklik dat bogenoemde bespreekte bepalings van die HSVW deur 'n hof toegepas moet word waar die bergingsdiens ook al gelewer is. "Hof" in hierdie artikel beteken die hooggeregshof wat sy gewone jurisdiksie, en nie sy admiraliteitsjurisdiksie nie, uitoefen. (Sien a 13 van die WRAJ. 'n Mens moet ongelukkig toegee dat a 13 van die WRAJ en a 330 van die HSVW moeilik te versoen is want hierdie twee artikels skep die indruk dat berging slegs deur 'n hof wat sy admiraliteitsjurisdiksie uitoefen, bereg mag word.) Soos alreeds gesê is, is die HSVW op die Engelse reg gebaseer; dit voer 'n mens dus maar weer na die Engelse reg terug wat die betekenis van berging betref.

Ek is tot dusver een van die weiniges wat hoegenaamd nie beïndruk is met die Wet op die Reëling van Admiraliteitsjurisdiksie 105 van 1983 nie; allermins met sy dualisme wat die toepaslike regstelsels aanbetref – Engelse reg oor die belangrikste onderwerpe en die Romeins-Hollandse reg oor die res – en dan ook met die moontlike gevolg van daardie dualisme dat die Romeins-Hollandse reg oor 'n groot gebied van die maritieme reg herroep is, dit wil sê ten aansien van daardie onderwerpe ten opsigte waarvan die Engelse reg geld. *Reck v Mills* het die onbevredigende situasie met hierdie dualisme goed na vore gebring. In plaas daarvan dat die Suid-Afrikaanse reg as 'n enkele sisteem toegepas word, moet die dualisme altyd in gedagte gehou word – tensy 'n mens dit sommer wil negeer as 'n verspotheid van die wetgewer.

H BOOYSEN
Universiteit van Suid-Afrika

DWALING IN DIE KOUSALE VERLOOP BY OPSET

S v Goosen 1989 4 SA 1013 (A)

In hierdie saak is die appellant se skuldigbevinding aan moord ter syde gestel op 'n ietwat ongewone grond. Daar is naamlik bevind dat alhoewel hy die dood van die oorledene wederregtelik veroorsaak en voorsien het, sy voorstelling van die kousale verloop wesenlik afgewyk het van die werklike kousale verloop en dat opset gevolglik ontbreek het.

Die appèlafdeling stel dit duidelik dat die misdryf moord 'n gevolgsmisdaad is en daarom moet die dader se opset ook gerig wees op die konkrete kousale verband tussen sy handeling en die begeerde of voorsiene gevolg.

1 Agtergrond

Die appellant en vier ander persone is aanvanklik saam aangekla van moord en roof. Hy het toe op al die aanklagte skuldig gepleit en erken dat die oorledene gedurende 'n rooftog noodlottig verwond is deur die afvuur van 'n handkarabyn wat deur een van sy mede-beskuldigdes hanteer is. Hy het ook toegegee dat hy *dolus eventualis* ten aansien van sodanige dood gehad het. Die vier mede-beskuldigdes het onskuldig gepleit en die verhore is geskei. Die appellant is later skuldig bevind aan moord sonder versagtende omstandighede en ter dood veroordeel. Alhoewel die vier mede-beskuldigdes ook aan moord skuldig bevind is (sien *S v Mazibuko* 1988 3 SA 190 (A)), het die appèlafdeling in 'n ongerapporteerde uitspraak hierdie bevinding ter syde gestel na nuwe getuienis dat die persoon wat die handkarabyn afgevuur het (Mazibuko), dit per ongeluk gedoen het. Mazibuko is skuldig bevind aan strafbare manslag (1014-1015).

2 'n "Eienaardige resultaat"

Volgens appèlregter Van Heerden openbaar die omstandighede in die vorige paragraaf die bra eienaardige resultaat dat waar vyf persone gesamentlik 'n gewapende roof beplan en uitgevoer het, die persoon wat werklik die noodlottige

skoot afgevuur het (Mazibuko) slegs aan strafbare manslag skuldig is terwyl die appellant wat "fisies" minder gedoen het, aan moord skuldig bevind en ter dood veroordeel is (1015H). Uit die uitspraak as geheel blyk dit dat die hof gesoek het na 'n juridies aanvaarbare grond om hierdie "eienaardige resultaat" uit die weg te ruim.

Alhoewel toegegee moet word dat die omstandighede van die betrokke saak inderdaad as sonderling beskryf kan word, is dit natuurlik teoreties nie onhoudbaar dat iemand wat "fisies" minder doen as 'n ander wel aan moord skuldig kan wees terwyl die ander persoon wat meer doen slegs strafbare manslag pleeg nie. Gestel 'n geneesheer X voorsien dat 'n sekere inspuiting wat verpleegster Y aan pasiënt Z wil toedien, moontlik sy dood kan veroorsaak maar waarsku haar nie. Y is nalatig deurdat sy nie 'n deskundige opinie verkry alvorens sy Z inspuit nie. Z sterf as gevolg van die inspuiting deur Y. Uit hierdie feite blyk dit *prima facie* dat X skuldig is aan moord en Y aan strafbare manslag alhoewel Y beslis "fisies" meer gedoen het as X.

3 Die feite

Die appellant, Mazibuko en drie ander was by 'n rooftog betrokke. Die appellant het die rowers se voertuig bestuur. Mazibuko was tot kennis van die appellant met 'n gelaaide handkarabyn gewapen waarmee hy die oorledene sou konfronteer. Die appellant het inderdaad die redelike moontlikheid voorsien dat Mazibuko in die rigting van die oorledene kon skiet en hom dodelik kon tref. Die rowers se voertuig het voor die oorledene se voertuig ingesny en daarna het Mazibuko uitgeklim en die handkarabyn op die oorledene gerig. 'n Ander rower het intussen die oorledene aangerand en hierna het die oorledene se voertuig skielik in Mazibuko se rigting vorentoe beweeg. Terwyl Mazibuko uit die pad gespring het, is 'n skoot onwillekeurig afgevuur wat die oorledene se dood veroorsaak het. Die hof bevind dat appellant nie die besondere kousale verloop (dat die dodelike skoot onwillekeurig afgevuur sou word) voorsien het nie, maar dat die gebeure wel redelikerwys voorsienbaar was. Hierdie feite het die hof genoop om te ondersoek of die onvoorsiene wyse waarop 'n voorsiene gevolg veroorsaak is, in die weg staan van 'n konklusie dat die dader die gevolg opsetlik veroorsaak het.

4 Die hof se argumente

In die bespreking van die vraag of daar gesê kan word dat die appellant opsetlik opgetree het, wys appèlregter Van Heerden tereg daarop dat 'n persoon aan moord skuldig kan wees al het die *presiese* wyse van doodsveroorsaking nie binne sy voorstelling gelê nie (1021). Nietemin beklemtoon hy dat daar nog nooit bevind is dat opset teenwoordig is selfs waar die wyse waarop die gevolg intree, "radikaal" van die voorsiene verloop verskil nie (1022A).

Die hof bespreek vervolgens die toonaangewende uitspraak in *S v Masilela* 1968 2 SA 558 (A) (waar dwaling oor die kousale verloop by *dolus directus* ter sprake was) en wys daarop dat dit nie die standpunt onderskraag dat 'n onjuiste voorstelling van die kousale ketting in alle gevalle irrelevant is nie. Met verwysing na die onbevredigende saak van *S v Daniëls* 1983 3 SA 275 (A) wys appèlregter Van Heerden daarop dat by *dolus directus* daar in die reël "geen beleidsoorwegings bestaan" (die woorde van Jansen AR in die *Daniëls*-saak *idem* 33) om die dader nie aanspreeklik te hou vir die begeerde gevolg nie.

'n Moontlike uitsondering hierop is die geval waar X aan Y 'n giftige pil gee om hom te dood maar die pil in Y se keel vassteek sodat hy weens verstikking sterf (1023G).

Die hof verwys ook na *S v Nkombani* 1963 4 SA 877 (A) waar X aan Y en Z gelaaide vuurwapens voorsien het om rooftogte by vulstasies uit te voer. Tydens 'n rooftog ontstaan 'n worsteling tussen Y, Z en A ('n werknemer van die vulstasie). Y vuur 'n skoot op A wat Z dodelik verwond. X en Y word skuldig bevind aan moord. Met verwysing na X se aanspreeklikheid, argumenteer appèlregter Van Heerden dat daar nie 'n beduidende afwyking tussen X se voorstelling van die kousale verloop en die daadwerklike verloop was nie. X het wel voorsien dat Y opsetlike 'n skoot kon afvuur wat Z kon dood.

Vervolgens behandel die hof die standpunte van sekere skrywers oor die strafreg (De Wet en Swanepoel, Snyman en Van Oosten) (1025). Die hof verwerp uitdruklik Snyman *Strafreg* (1986) 225-226 se mening dat dwaling oor die kousale verloop by moord nie relevant is nie omdat dit nie op 'n misdaadvereiste betrekking het nie. Volgens appèlregter Van Heerden word gevolge nie op abstrakte wyse veroorsaak nie en daarom moet opset ook gerig wees op die konkrete kousale verband tussen die dader se handeling en die begeerde of voorsiene gevolg. Die opsetvereiste is gevolglik nie bevredig nie as die gevolg intree op 'n wyse wat ingrypend verskil van die dader se voorstelling. Die hof gee die volgende voorbeeld (1026B-D):

> "Veronderstel byvoorbeeld dat 'n rower beplan om 'n kafeebaas te beroof. Hy neem 'n vuurwapen saam en, hoewel hy vuriglik hoop dat daar geen weerstand sal wees nie, voorsien hy tog as redelike moontlikheid dat hy op sy slagoffer sal moet skiet en aldus laasgenoemde se dood kan veroorsaak. In die hoop dat die kafeebaas goedskiks sy geld sal oorhandig, hou hy die wapen in sy baadjiesak toe hy eersgenoemde konfronteer en geld van hom eis. Op daardie oomblik gly sy voete onder hom uit en val hy op die vloer. Die gelaaide wapen vuur. Wonder bo wonder word die kafeebaas noodlottig getref.
>
> In die veronderstelling dat die rower nooit gedink het aan die moontlikheid dat die kafeebaas per ongeluk gedood kon word nie, is daar in die gepostuleerde geval klaarblyklik 'n aanmerklike verskil tussen die daadwerklike kousale verloop en die rower se voorstelling van die wyse waarop die kafeebaas gedood kon word. Indien die rower nogtans skuldig aan moord is, sou hy aanspreeklik gehou word op grond van 'n verwyt wat hom tref dat hy in *abstracto* die dood van die kafeebaas gedurende die rooftog voorsien het, al het die wyse van intrede van hierdie gevolg geheel en al buite sy voorstelling gelê."

Nietemin waarsku die hof dat die opsetvereiste 'n klug sou word indien 'n presiese ooreenkoms tussen die voorgestelde en daadwerklike kousale verloop vereis word (1025H). Slegs 'n wesenlike afwyking van die voorgestelde kousale verloop sal opset uitsluit. Oor die ietwat vae grens tussen afwykings van die kousale verloop wat opset uitsluit en dié wat dit nie doen nie, wys die hof daarop dat alhoewel regsekerheid sover moontlik die formulering van maklike kriteria vereis, dit nie altyd moontlik is nie (1026G). Die begrip "wesenlike afwyking" is nie juis moeiliker om te hanteer as die redelikheidstoets wat 'n belangrike rol in die reg speel nie.

5 Toepassing van die hof se benadering

Die hof pas vervolgens sy kriterium van "wesenlike afwyking" op die feite *in casu* toe en bevind dat die werklike kousale verloop (onopsetlike afvuur van die wapen) "klaarblyklik aanmerklik" afwyk van die voorsiene verloop (opsetlike afvuur van die wapen) en dat opset vir moord gevolglik ontbreek (1026J-1027B). Dit sou nie mens se regsgevoel bevredig om te sê dat die appellant opsetlik opgetree het in die lig van die totaliteit van gebeure nie (1026B-1027B).

Aangesien die dood van die oorledene deur die afvuur van die wapen egter redelikerwys voorsienbaar was, word die appellant aan strafbare manslag skuldig bevind.

6 Evaluasie van die hof se uitspraak

6 1 Algemeen

Nieteenstaande die feit dat die hof op die oog af 'n netjiese en teoreties aanvaarbare wyse gekies het om 'n moeilike probleem op te los, sal hierdie beslissing waarskynlik tog 'n redelike mate van onsekerheid skep oor die toepassing van die kriterium "wesenlike afwyking". Alhoewel ek vervolgens sekere argumente van die hof krities oorweeg en op bepaalde probleme wys, staan dit myns insiens vas dat die finale uitspraak tog die regsgevoel bevredig en dat dit slegs gaan om die vind van die korrekte beginsels wat die uitspraak ondersteun.

6 2 Wanneer is daar 'n wesenlike afwyking?

Die hof se standpunt dat 'n wesenlike afwyking van die voorgestelde kousale verloop in beginsel opset kan uitskakel, is waarskynlik korrek. (Dit is interessant dat die hof nie verwys na 'n betekenisvolle bespreking van hierdie probleem deur Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 118-122 nie, maar wel na bv Van Oosten 1976 *De Jure* 65 ev wat nie juis veel steun bied vir die hof se argumente nie.) Die belangrike vraag is nou wanneer daar 'n wesenlike afwyking sal wees.

Of daar *in casu* werklik 'n "wesenlike" verskil tussen die voorsiene en die konkrete kousale verloop was, is glad nie so duidelik nie. Die enigste feit wat so 'n verskil sou kon uitmaak, is dat Mazibuko die wapen op onopsetlike wyse afgevuur het. Die werklike kousale verloop stem in die volgende opsigte ooreen met die voorsiene kousale verloop: *in beide gevalle gebruik Mazibuko 'n bepaalde vuurwapen om die besondere oorledene wederregtelik te dood op die betrokke toneel en tydens die uitvoering van die beplande roof.* Is die feit dat toe Mazibuko die vuurwapen se sneller gedruk het, hy nie die opset gehad het om die oorledene te dood nie, werklik van soveel belang in hierdie verband? Indien daar *in casu* 'n wesenlike afwyking was, ontstaan die vraag of *S v Masilela supra* korrek beslis is waar die beskuldigdes in die volgende omstandighede aan moord skuldig bevind is: hulle het die oorledene gewurg met die opset om hom te dood. In die waan dat hy dood is, is hy op sy bed neergelê en is die huis aan die brand gesteek. Die oorledene sterf as gevolg van die rook weens die brand. Nou kan tereg betoog word dat daar klaarblyklik 'n aanmerklike verskil is tussen doodsveroorsaking deur verwurging en die onbeplande ("onwillekeurige"?) doodsveroorsaking deur die rook as gevolg van die brand (selfs al neem mens in ag dat die verwurging ook feitelik tot die dood bygedra het).

'n Kompliserende faktor in die feite van die saak onder bespreking is dat daar van gesamentlike optrede sprake was. Die vraag is of indien X voorsien dat Y vir Z gaan vermoor (in omstandighede waar X ook aanspreeklikheid kan opdoen), dit inderdaad 'n vereiste is vir X om opset te hê dat Y vir Z *op 'n besondere wyse* moet vermoor. Gestel dat X voorsien dat Y vir Z kan skiet maar dat Y op die toneel besluit om Z te verwurg of met 'n mes te steek (omdat sy pistool defek raak). Of gestel dat Z so vreesbevange word dat hy aan 'n hartaanval sterf toe Y die pistool op hom rig. Moet X nou in hierdie gevalle onskuldig bevind

word aan moord omdat Z se (voorsiene) dood op onvoorsiene wyse ingetree het? Is die wyse van doodsveroorsaking inderdaad by *dolus eventualis* van belang? (sien par 6 3 *infra*). Wat van die geval waar Y (in die pas vermelde voorbeeld) 'n skoot skiet bloot met die doel om Z bang te maak of te verwond maar Z noodlottig tref? Indien Y in hierdie gevalle nie aan moord skuldig is nie maar slegs aan strafbare manslag, volg dit sonder meer dat X óók nie aan moord skuldig kan wees nie?

In die hof se voorbeeld van die rower en die kafeebaas (sien par 4 *supra*), is daar, soos appèlregter Van Heerden dan ook aandui, waarskynlik wel 'n wesenlike afwyking in die kousale verloop. Die voorbeeld stem natuurlik nie presies ooreen met die feite wat die hof moes oorweeg nie: die betrokke rower het byvoorbeeld nie 'n helper buite die kafee (wat alles voorsien wat die een binne die kafee voorsien) nie en wie se aanspreeklikheid bepaal moet word nie. Mens kan aanvaar dat appèlregter Van Heerden in só 'n geval waarskynlik sou beslis dat die "toevallige" gebeure ook die rower buite die kafee se opset uitskakel. Maar gestel die rower buite die kafee hoop dat sy maat die kafeebaas doodskiet, die een daarbinne voorsien slegs die moontlikheid van so 'n doodskoot, en die kafeebaas word "per ongeluk" doodgeskiet soos in appèlregter Van Heerden se voorbeeld. Sou mens dan die rower met *dolus eventualis* (die een binne die kafee) onskuldig moet bevind maar die een met *dolus directus* skuldig?

'n Verdere voorbeeld wat mens kan oorweeg, is waar X en Y 'n gebou met plofstof wil opblaas. X berei die bom voor en Y gaan om dit te stel. Beide voorsien die moontlikheid dat mense in die ontploffing kan sterf. Veronderstel dat terwyl Y die bom stel, dit onverwags afgaan en hom en ander mense dood. X het glad nie die moontlikheid voorsien dat die bom voor die tyd kan afgaan nie en die gebeure het aanmerklik anders verloop as wat hy hom dit voorgestel het. Nogtans sal 'n bevinding van moord waarskynlik korrek wees.

'n Voorbeeld van 'n wesenlike afwyking in die kousale verloop is waarskynlik die volgende: terwyl Y in die feitestel so pas beskryf met die bom na die betrokke gebou op pad is, word hy deur 'n motor gestamp met die gevolg dat die bom ontplof en 'n paar mense dood.

Die tydfaktor kan soms 'n rol speel in die beantwoording van die vraag of daar 'n wesenlike afwyking is. Smith en Hogan *Criminal law* (1988) 76 gee die volgende voorbeeld:. X besluit om sy vrou Y te vermoor. Hy berei 'n vergiftigde appel voor wat hy versteek omdat hy dit die volgende dag aan Y wil gee. Y vind egter die appel kort daarna, eet dit en sterf. X is nie skuldig aan moord nie. Hierdie konklusie is aanvaarbaar in die lig van sowel die tydfaktor as die feit dat X se handelinge in verband met die appel bloot voorbereidend van aard was. Maar indien Y die appel sou eet nadat X dit aan haar oorhandig het, in 'n koma sou raak weens die gif en X, menende dat Y dood is, haar "lyk" in die veld sou los waar sy 'n dag later sterf as gevolg van blootstelling, is X na alle waarskynlikheid skuldig aan moord (sien bv *S v Butelezi* 1963 2 PH H238 (D)).

In die algemeen is dit waarskynlik korrek om te sê dat 'n onderskeid gemaak moet word tussen voorbereidingshandelinge tot 'n misdaad wat onverwags die begeerde of voorsiene gevolg het, en handelinge of gebeure wat plaasvind na afloop van 'n uitvoeringshandeling deur die beskuldigde waar laasgenoemde handeling nie die gewenste effek gehad het nie. In die eerste tipe situasie sal dwaling, as dit hoegenaamd so beskryf kan word, duideliker opset uitskakel as in laasgenoemde geval.

Die saak onder bespreking kan moontlik beskou word as 'n geval waar die voorbereidende handelinge in die pleeg van 'n roof prematuur en onverwags die voorsiene gevolg gehad het.

Sien in die algemeen ook Van der Merwe en Olivier 122 wat hulle benadering soos volg saamvat:

> " 'n Dwaling in die kousale verloop met verwysing na gebeure wat na 'n as sulks gewilde afrondingshandeling intree, (is) slegs wesenlik as dit blyk dat onregmatigheid, en daardeur natuurlik ook opset, genegativeer is. Slaan die dwaling op wederregtelike gebeure wat die beoogde afrondingshandeling, in teenstelling met kousale verband, in die ban doen, ontbreek opset."

6 3 Dwaling in die kousale verloop in geval van opset by moontlikheidsbewussyn

In die voorafgaande paragraaf is die vraag gestel of dit inderdaad deel van opset by moontlikheidsbewussyn is dat die beskuldigde die dood van die oorledene op wesenlik dieselfde wyse moet voorsien het as wat inderdaad gebeur het. In die algemeen is die antwoord op hierdie vraag waarskynlik bevestigend. Maar uit die hof se uitspraak blyk voorts dat normaalweg makliker aanvaar sal word dat dwaling in die kousale verloop *dolus eventualis* uitskakel as *dolus directus* (1026I). In die lig van die onsekerheid wat daar reeds oor bepaalde aspekte van *dolus eventualis* bestaan (sien bv Loubser en Rabie 1988 *SACJ* 415-435), is hierdie nuwe kompliserende faktor nie besonder welkom nie. Na my mening kan 'n mens met ewe veel oortuigingskrag die omgekeerde standpunt huldig as die een van die hof oor die relevansie van dwaling in die kousale verloop by *dolus eventualis* teenoor sodanige dwaling by *dolus directus*: is die werklike kousale verloop by *dolus eventualis*, waar dit (bloot) gaan oor die voorsien van 'n (redelike) moontlikheid dat 'n gevolg kan intree, nie juis *minder* belangrik as by *dolus directus* waar dit om die bereiking van 'n bepaalde oogmerk gaan nie? Moontlik is dit die veiligste om dwaling in die kousale verloop sover prakties moontlik neutraal te beskou, dit wil sê onafhanklik van die aard van vorm van die opset ter sprake.

Terloops kan daarop gewys word dat appèlregter Van Heerden se stelling dat by oogmerksopset die dader juis 'n gevolg begeer en dit hom nie kan skeel hoe die gevolg intree nie (1026I), aanvegbaar is. Dit is trouens in stryd met sy eie standpunt dat 'n gevolg nie op abstrakte wyse veroorsaak word nie en dat opset op die konkrete kousale verband gerig moet wees (1025F). Dit is in die algemeen glad nie duidelik waarom 'n kousale verloop meer relevant is waar die gevolg voorsien word, as waar dit beoog word nie. Wat die regter se stelling waarskynlik bewys, is dat net soos mens ten aansien van die veroorsaking van 'n bepaalde gevolg verskillende vorme van opset kan kry na gelang die gevolg beoog of voorsien word, daar ook moontlik verskillende vorme van opset kan wees ten aansien van die kousale verloop na gelang die betrokke verloop beoog of voorsien word. Dit is wel denkbaar dat daar uitsonderlike gevalle kan wees waar die dader opsetlik optree sonder dat hy enige voorstelling het van die kousale verloop – in sulke gevalle kan "dwaling" ten aansien van die kousale verloop natuurlik kwalik ter sprake wees en is die geval vergelykbaar met sogenaamde onbepaalde opset (*dolus indeterminatus*).

6 4 Die toets vir 'n wesenlike afwyking in die kousale verband

Die blote stelling dat 'n afwyking van die kousale verband "wesenlik" moet wees, is natuurlik nie voldoende nie en appèlregter Van Heerden wys self daarop dat daar mettertyd meer konkrete riglyne sal uitkristalliseer (1026H). Die enigste

klaarblyklike "riglyn" wat uit sy eie uitspraak af te lei is, is dat 'n ongewilde (onwillekeurige) optrede wat in die kousale ketting in die plek van 'n voorsiene gewilde handeling tree, op 'n wesenlike afwyking dui (al is die inhoud van die betrokke handelinge identies). Dit sal nie verbasend wees nie as howe in die toekoms probleme ondervind met sowel die toets van "wesenlikheid" in die algemeen, as met die besondere toepassing daarvan *in casu* (sien ook Steyn 1990 *SACJ* 107).

Appèlregter Van Heerden beskryf ook nie die toets wat aangewend moet word, deurgaans op dieselfde wyse nie: hy verwys onder meer na die geval waar die voorsiene gevolg ingetree het op 'n wyse wat "radikaal" van die voorsiene kousale verloop verskil (1022A), na 'n "beduidende" afwyking (1024D), na " 'n verkeerde voorstelling" (1022I), na 'n "onjuiste voorstelling" (1025C), na 'n wyse van veroorsaking wat "kardinaal verskil" van die dader se voorstelling (1025G), na die geval waar die daadwerklike kousale verloop in so 'n mate van die voorgestelde verloop verskil dat dit nie "redelikerwyse" onder die dader se voorstelling tuisgebring kan word nie (1026A), na 'n "aanmerklike verskil" tussen kousale verloop en voorstelling (1026D), na 'n verwytbare gesindheid wat nie met die daadwerklike gebeure verband hou nie (1026F), en na so 'n verskil dat mens se "regsgevoel nie bevredig word nie" deur 'n konklusie dat die dader die gevolg opsetlik veroorsaak het (1026B). Selfs al is 'n mens by dwaling oor die kousale verloop op 'n gebied waar dit oor 'n redelikheidsoordeel gaan en daar noodwendig 'n vae toets met breë riglyne aangewend moet word, is al hierdie formuleringswyses ietwat verwarrend. In die algemeen moet in gedagte gehou word dat die hof se "wesenlike afwyking"-kriterium in die lig van die bestaande regspraak toegepas moet word (sien bv Hunt *SA criminal law and procedure* (1990) 349 ev).

6 5 *Juridiese kousaliteit as moontlike oplossing?*

Na my mening kon die hof ook aandag gegee het aan die moontlikheid om die appellant onskuldig te bevind aan moord, nie op grond van die afwesigheid van opset nie, maar weens die gebrek aan 'n juridiese kousale verband tussen sy wederregtelike en opsetlike optrede en die dood van die slagoffer (sien ook *S v Mazibuko supra* 201; Hunt *passim* wat die onderhawige tipe probleem ook onder juridiese kousaliteit behandel).

Sedert appèlregter Van Heerden se belangrike uitspraak in *S v Mokgethi* 1990 1 SA 32 (A) (sien ook Potgieter 1990 *THRHR* 267 ev) staan dit vas dat juridiese kousaliteit (wat volgens 'n elastiese maatstaf vasgestel word) 'n bepaalde plek in die strafreg inneem. Ten aansien van die feite *in casu* kan mens argumenteer dat die bloot feitelike kousale verband tussen appellant se optrede en die oorledene se dood nie voldoende vir aanspreeklikheid weens moord is nie aangesien die onwillekeurige optrede van die persoon (Mazibuko) wat die dood onmiddellik veroorsaak het, die gevolg het dat daar nie meer 'n genoegsame noue verband tussen die handeling en die gevolg bestaan nie. Beleidsoorwegings betreffende die feit dat Mazibuko (wat die sneller gedruk het) slegs aan strafbare manslag skuldig bevind is, speel ook hier 'n rol. Die dood kan die appellant met ander woorde nie meer redelikerwys toegereken word vir doeleindes van die misdaad moord nie.

Hierdie benadering versper nie noodwendig die weg tot 'n skuldigbevinding van die appellant aan strafbare manslag nie omdat die onwillekeurige *nalatige*

optrede deur Mazibuko nie ingevolge die elastiese toets vir juridiese kousaliteit 'n faktor sal wees wat verhinder dat die dood die appellant redelikerwys toegereken kan word nie.

In die algemeen moet daarop gewys word dat dwaling ten aansien van die kousale verloop vanselfsprekend nie met die afwesigheid van feitelike kousaliteit verwar moet word nie. Die afgrensing tussen hierdie tipe dwaling en afwesigheid van juridiese kousaliteit is egter nie altyd so duidelik nie. In die algemeen kan mens die verskil moontlik soos volg opsom: by 'n wesenlike dwaling ten aansien van die kousale verloop gaan dit oor 'n daadwerklike kousale verloop wat aanmerklik afwyk van die subjektiewe voorstelling van die dader. By die afwesigheid van juridiese kousaliteit gaan dit om 'n konkrete kousale verband wat afwyk van die vereistes wat die reg objektief in die betrokke geval stel ten einde te bevind dat daar 'n voldoende noue verband tussen die dader se optrede en die gevolg is sodat die gevolg die dader redelikerwys toegereken kan word. Juridiese kousaliteit kom ook eers ter sprake nadat vasgestel is dat al die ander misdaadelemente aanwesig is.

6 6 Opset en nalatigheid

Die hof se metode om (weens die afwesigheid van direkte getuienis) deur middel van afleiding te bepaal wat die appellant in die huidige geval voorsien het en wat die redelike man sou voorsien, is nogal merkwaardig. Eers argumenteer die hof dat weens appellant se lae intelligensie daar nie bevind kan word dat hy voorsien het dat die oorledene deur die onwillekeurige optrede van Mazibuko gedood sou word nie (1021D). Maar net hierna verklaar die hof dat om 'n gelaaide karabyn op iemand te rig gevaarlik is en dat die toevallige dodelike verwonding van 'n persoon met 'n vuurwapen nie iets heel seldsaams is nie. Dit was juis beplan dat Mazibuko die karabyn op die oorledene sou rig en 'n redelike persoon in die plek van appellant sou dus rekening gehou het met die moontlikheid dat die oorledene dodelik getref kon word (1021E). Die appellant word dus verwyt vir wat hy, weens sy lae intelligensie, nie voorsien het nie omdat die redelike man, wat klaarblyklik slimmer as die appellant is, dit inderdaad sou voorsien het. Hieruit blyk dat die appellant in effek weens sy lae intelligensie verwyt word! (Of is dit verdere gesag vir 'n ongekwalifiseerde objektiewe benadering tot nalatigheid in die strafreg?) In ieder geval kan die appellant hom gelukkig ag dat die hof bevind het dat hy voldoende gedwaal het om opset te negativeer.

Voorts bewys hierdie saak dat waar iemand 'n bepaalde gevolg voorsien maar daar 'n wesenlike dwaling oor die kousale verloop is, daar steeds bevind kan word dat hy nalatig opgetree het. Dit is onduidelik of 'n eienaardige kousale verloop wat die redelike man ook nie sou voorsien het nie, nalatigheid sal uitskakel waar die redelike man steeds die intrede van die gevolg sou voorsien het.

7 Slotopmerkings

Die hof het in hierdie saak 'n moeilike probleem op 'n vernuftige wyse opgelos. In die proses is daar egter nuwe probleme geskep in verband met die aard en strekking van die "wesenlike afwyking"-kriterium. Die kwessie van 'n dwaling in die kousale verloop dien gelukkig nie so dikwels voor ons howe nie en 'n

mens kan maar net vertrou dat appèlregter Van Heerden se argumente nie op verkeerde wyse gebruik sal word om veral opset in die vorm van *dolus eventualis* nog verder te vertroebel nie.

PJ VISSER
Universiteit van Pretoria

DIE BETEKENIS VAN DIE UITDRUKKING "REFER TO DRAWER" OP TJEKS

Alvern Cables (Pty) Ltd v Dynamis (Pty) Ltd
1989 3 SA 916 (K)

Inleiding

In hierdie uitspraak is verskeie aspekte van voorlopige vonnis ter sprake. In die bespreking wat volg, word gekonsentreer op die hof se beslissing oor die betekenis en effek van die uitdrukking "Refer to drawer" op tjeks sover dit betrekking het op die houer van 'n tjek se plig om kennis te gee van die ontering daarvan. Die moontlike aanspreeklikheid van 'n bankier op grond van die *actio iniuriarum* of laster, waar die uitdrukking "Refer to drawer" of afkortings daarvan op tjeks aangebring is, word nie behandel nie. (Kyk hieroor Malan en De Beer *Bills of exchange, cheques and promissory notes in South African law* (1983) par 326 en veral 286 vn 124; 7 *LAWSA* par 233 ev; Neethling *Persoonlikheidsreg* (1985); Van der Merwe en Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989).)

Die feite in *Alvern Cables (Pty) Ltd v Dynamis (Pty) Ltd* is kortliks soos volg: Die eiser doen aansoek om voorlopige vonnis op grond van 'n tjek. In die dagvaarding word beweer dat die eiser die wettige houer van die tjek is en dat die tjek behoorlik vir betaling aangebied is. Die tjek is weens nie-betaling onteer. Daar is geen beëdigde verklaring of ander bewys dat die tjek wel vir betaling aangebied is nie. Voorts is daar geen bewering in die dagvaarding dat behoorlik kennis gegee is van die ontering van die tjek, of dat die eiser regtens van dié verpligting verskoon is nie. Die oorspronklike tjek is aan die dagvaarding geheg. Op die agterkant het die betrokkene-bank se stempelafdruk en die voorkant die woorde "Refer to drawer" verskyn.

Hieronder word eers gelet op die vereiste van kennisgewing van ontering ingevolge die Wisselwet 34 van 1964 (tensy anders aangedui word is alle verwysings voortaan na hierdie wet) en daarna op die relevansie en betekenis van die uitdrukking "Refer to drawer" op tjeks in die konteks van voorlopige vonnis.

Kennisgewing van ontering

Tjeks moet soos wissels ook vir betaling aangebied word (a 43(1) gelees met a 71; Malan en De Beer par 255 318; Malan, Oelofse, De Vos, Pretorius en Nagel *Provisional sentence on bills of exchange, cheques and promissory notes* (1986)

97 105). Die trekker van 'n tjek word egter nie altyd bevry deur 'n versuim om die tjek binne 'n redelike tyd vir betaling aan te bied nie (a 43(1) gelees met a 72(1); Malan en De Beer par 317; Malan *et al* 105; Oelofse *Die wisselverrykingseis en die Eurotjek in die Duitse reg* (1988) 51-54). As die tjek by behoorlike aanbieding vir betaling onteer word, rus 'n verdere plig op die houer wat die trekker wil aanspreek. Die houer moet normaalweg aan die trekker en elke endossant kennis gee van die ontering (a 46; Malan en De Beer par 264-269; Malan *et al* 108 ev).

Indien sodanige kennisgewing nie gegee word nie, word die trekker en endossante van hul regsaanspreeklikheid bevry (a 46). Kennisgewing van ontering behoort daarom gesien te word teen die breër agtergrond van die aanspreeklikheid van wisselpartye wat hierdeur geformaliseer word, eerder as net teen die agtergrond van die nakoming van formele vereistes (Malan en De Beer par 232; a 53(1)(a)).

Indien 'n wisselskuldenaar van aanspreeklikheid bevry word weens nie-uitvoering "van die vereiste stappe by ontering" (a 53(1)(a)), word elke wisselskuldenaar wat 'n reg van verhaal op hom het, ook bevry (Malan en De Beer par 296). As die houer kennis gee, geld dit ook tot voordeel van alle daaropvolgende houers en vorige endossante met 'n verhaalsreg teen die party aan wie kennis gegee is (a 47(2)). Artikel 47 skryf die wyse voor waarop kennis gegee moet word.

Van besondere belang vir hierdie bespreking is die reël dat dit onnodig is om aan die trekker kennis te gee van ontering "waar die betrokkene of die akseptant nie gebonde is nie, wat homself en die trekker betref, om die wissel te aksepteer of te betaal" (a 48(2)(c)(iv)).

In die eiser se dagvaarding word nie beweer dat kennis van ontering gegee is nie. Daar is ook geen bewering dat die bank nie teenoor die trekker betaalpligtig was nie (920H). Namens die eiser word eerstens geargumenteer dat die bewering in die dagvaarding dat die tjek onteer is, saamgelees met die woorde "Refer to drawer" op die tjek, voldoende is vir 'n afleiding dat die bank nie teenoor die trekker betaalpligtig was nie en dat kennisgewing van ontering dus ingevolge artikel 48(2)(c)(iv) verskoon is (920I). Tweedens word geargumenteer dat algemeen aanvaar word dat die uitdrukking "Refer to drawer" 'n duidelike aanduiding is dat daar nie voldoende fondse in die trekker se rekening was om die tjek te betaal nie. Gevolglik was die betrokkene-bank nie gebonde wat homself en die trekker betref, om die tjek te betaal nie en is kennisgewing van ontering aan die trekker (ingevolge a 48(2)(c)(iv)) verskoon (921A-B).

Volgens die eiser moet die hof eerstens vasstel of daar in die dagvaarding voldoende bewerings is op grond waarvan afgelei kan word dat die bank nie teenoor die trekker betaalpligtig was nie en dat kennisgewing van ontering derhalwe verskoon is.

Met verwysing na *Natal Bank v Gorle and Van Hees* 1913 TPD 72 75 benadruk waarnemende regter Seligson die reël dat voorlopige vonnis geweier sal word as daar nie 'n bewering in die dagvaarding is dat kennis van ontering van die tjek gegee is nie (922B; Malan en De Beer par 264). As dit nie beweer word nie, moet gronde of feite beweer word waaruit 'n ondubbelsinnige afleiding gemaak kan word dat kennisgewing van ontering verskoon is (omdat die bank nie betaalpligtig was nie) (920J-921A; Malan *et al* 109; *Union & National Ins*

Co v Estate Sarkhot 1963 4 SA 109 (D) 111A-B H; *De Bruin v Munro (1)* 1971 4 SA 624 (O) 626 627A; *Trust Bank of Africa v Dugmore* 1972 3 SA 926 (D) 929A; *Anglo African Factors v Cuppusamy* 1974 3 SA 399 (D) 402H-403A).

'n Blote bewering dat daar onvoldoende fondse in die trekker se rekening was, sal nie deug nie. Die verskoningsgrond in artikel 48(2)(c)(iv) bestaan nie omdat 'n gebrek aan fondse beweer word of omdat die uitdrukking "Refer to drawer" op die tjek staan nie. Dit bestaan onder meer as die bank inderdaad, objektief beskou, nie oor die nodige fondse in die trekker se rekening(s) beskik nie (*Cuppusamy*-saak 402H-403A). Hierdie feit moet daarom in eerste instansie bewys word. Daarbenewens moet bewys word dat die inskripsie "Refer to drawer" deur die bank aangebring is (923G).

Die regter stel die volgende benadering by aansoeke om voorlopige vonnis op tjeks voor (922G-H):
(a) Onverdedigde aansoeke moet op grond van die bewerings in die dagvaardings beslis word.
(b) Waar moontlik moet 'n minder tegniese benadering gevolg word.
(c) Dit is 'n belangrike beginsel by voorlopige vonnis dat die verweerder se aanspreeklikheid *ex facie* die dagvaarding en stawende dokumente moet blyk. Daarom is dit gebiedend dat alle feite wat nodig is om aanspreeklikheid te vestig, beweer word.

Waarnemende regter Seligson bevind dat die noodsaaklike bewerings en feite ontbreek en dat hy gevolglik die betekenis van die uitdrukking "Refer to drawer" met verwysing na die probleem voor hande moet interpreteer.

Die betekenis van die uitdrukking "Refer to drawer" op tjeks

Namens die eiser word verwys na 'n *obiter dictum* in *Chamani v St Ives Trading Co* 1982 2 SA 638 (D) 643B, wat verklaar dat die enigste realistiese afleiding wat uit die woorde "Payment stopped" gemaak kan word, is dat dit deur 'n bankamptenaar aangebring is. Sodanige bewering sal ook 'n gebrek aan feite ter ondersteuning van 'n bewering in die dagvaarding dat kennisgewing van ontering verskoon is, aansuiwer (921C-D).

In *Burton v Roth* 1915 TPD 76 is beslis dat die hof hoogstens geregtelik kennis kan neem van die feit dat die afkorting "RD" vir "Refer to drawer" staan. Dit is hoogstens 'n aanduiding dat die bank nie bereid was om die tjek te betaal nie en kan weens 'n gebrek aan fondse of ander redes wees. Selfs al beteken die uitdrukking "Refer to drawer" dat die bank weens 'n gebrek aan fondse nie die tjek wil betaal nie, is dit in ieder geval onvoldoende om bloot die tjek met die afkorting "RD" daarop aan die dagvaarding te heg. Slegs as die bank inderdaad geen fondse het om die tjek mee te betaal nie, sal daar 'n geldige verskoning vir die gee van 'n kennisgewing van ontering wees; nie bloot omdat die bank by wyse van die afkorting "RD" op die tjek so sê nie (921H). Daarom moet in die dagvaarding beweer word dat kennisgewing van ontering verskoon is omdat daar te min fondse was.

In *Flash v London and South Western Bank* (1915) 31 TLR 334 336, *Plunkett v Barclays Bank Ltd* 1936 1 All ER 653 (KB) 660 en *R v Pieterse* 1950 4 SA 21 (O) 25B-C, waarna ook verwys word in die *Alvern Cables*-saak (923B-D), is beslis dat die afkorting "RD" nie *noodwendig* beteken dat daar onvoldoende fondse op rekening was nie. Met betrekking tot die uitdrukking "Payment

stopped", is in *Goldberg v Cohn* 1932 WLD 94 tot dieselfde gevolgtrekking gekom. In die besonder is beslis dat kennisgewing van ontering nie verskoon is nie en dat dit onvoldoende is vir 'n afleiding dat betaling deur die *trekker* afgelas is, òf dat die uitdrukking deur 'n bankamptenaar aangebring is.

Willis *Banking in South African law* (1981) 134 verduidelik die betekenis van die uitdrukking "Refer to drawer" só: "Go to the drawer and let him tell you why the cheque has not been paid." Hy sê egter ook:

> "Almost every adult person who has the slenderest of acquaintance with the ways of commerce knows that 'Refer to Drawer' means that the drawer has drawn on the bank without having sufficient funds to meet his demand" (134).

As gesag vir die stelling verwys Willis na *Anglo-African Factors (Pty) Ltd v Cuppusammy (supra)* waar regter Miller die volgende *bevinding* maak:

> "Endorsement of the words 'refer to drawer' on the cheques was clearly made by the bank itself; there is no need, having regard to the affidavits filed by the defendants, to speculate in this case concerning the reason why the bank made the endorsement 'refer to drawer', for it is clear that the bank intended those words to convey that it had no funds with which to pay the cheques" (403C-E).

Daar word aan die hand gedoen dat hierdie *dictum* nie gesag bied vir Willis se tweede stelling nie. Daar word verder aan die hand gedoen dat die uitdrukking nie noodwendig altyd die betekenis dra wat Willis in sy tweede stelling daaraan toeskryf nie.

In die *Cuppusammy*-saak het die hof duidelik 'n *feitebevinding* gemaak en nie 'n algemene uitleg van die uitdrukking gegee nie. Nòg die betekenis van die uitdrukking "Refer to drawer", nòg die feit dat hierdie uitdrukking op die tjek aangebring is, is die grondslag vir die uitspraak. Die hof se benadering was immers dat artikel 48(2)(c)(iv) 'n objektiewe beslissing verg oor die vraag of die bank, wat homself en die trekker betref, verplig kan word om die tjek te betaal. Of die bank verplig kan word om 'n tjek te betaal, moet objektief beslis word op grond van die feite van elke saak en nie op grond van die subjektiewe opinie van die bank (of iemand anders) of op grond van 'n vermeende betekenis van die uitdrukking "Refer to drawer" nie (*Cuppusammy*-saak 402H-403A). 'n Feit wat in hierdie verband relevant is, is of daar voldoende fondse is in die rekening waarop die tjek getrek is (of op 'n ander lopende rekening van die trekker; Malan en De Beer par 321) waarmee die bank die tjek kan betaal (kyk die bevinding op 403F). Die blote feit dat die uitdrukking "Refer to drawer" op die tjek aangebring is, is dus nie bewys daarvan dat die bank nie teenoor die trekker betaalpligtig is en dat kennisgewing van ontering verskoon is nie (Cowen en Gering *The law of negotiable instruments in South Africa* (1966) 314 vn 2 414).

Waarnemende regter Seligson beslis ook, soos hierbo aan die hand gedoen is, dat die uitdrukking "Refer to drawer" nie geïnterpreteer kan word as 'n bewering dat die tjek weens 'n gebrek aan fondse onteer is nie. Kennisgewing van ontering is dus nie verskoon nie. Selfs al word toegegee dat dit onwaarskynlik is dat die woorde deur iemand anders as die bank aangebring is, kan dit nie sonder meer aanvaar word nie. Daar moet derhalwe in die dagvaarding beweer word dat die woorde deur die bank aangebring is en dat die tjeks weens 'n gebrek aan fondse onteer is. Die blote aanwesigheid van die uitdrukking "Refer to Drawer" op die tjek verskoon nie die houer van die verpligting om kennis van ontering te gee nie.

In die lig hiervan moet aangedring word op 'n ondubbelsinnige bewering van die feite waaruit duidelik blyk dat die bank nie teenoor die trekker betaalpligtig

was nie. 'n Hof moet in elke afsonderlike geval 'n feitebevinding maak en dus objektief oor die toepaslikheid van artikel 48(2)(c)(iv) beslis (*Anglo-African Factors v Cuppusammy* 402H-403A). In die afwesigheid hiervan moet 'n hof hom verlaat op twyfelagtige afleidings en raaiwerk om te beslis of die *essentialia* waarop die eiser se skuldoorsaak berus, beweer word (923J).

Voorlopige vonnis word geweier.

Samevatting en slotopmerkings

In die samevatting wat volg, word die hof se beslissing ten opsigte van die bewys van die aanbieding vir betaling van tjeks ook kortliks weergegee, hoewel hierdie aspek in die voorafgaande bespreking buite rekening gelaat is.

In die Kaapse afdeling van die hooggeregshof, tewens in bykans al die afdelings, is dit onnodig om in onverdedigde aansoeke om voorlopige vonnis op verhandelbare dokumente waar aanbieding deel is van die skuldoorsaak, formele bewys van aanbieding te lewer. Formele bewys word net geverg indien dit deel is van die skuldoorsaak, of indien daar in onverdedigde sake twyfel bestaan of die dokument wel aangebied is (919H-I).

In onverdedigde aansoeke om voorlopige vonnis op tjeks, waar die oorspronklike dokument aan die dagvaarding geheg word, sal die betrokkene-bank se stempelafdruk en die woorde "Refer to drawer" of "Verwys na trekker" ("RD" of "VT") daarop *prima facie* bewys van aanbieding wees (919F).

Hoewel formele bewys van aanbieding van 'n verhandelbare dokument net in uitsonderingsgevalle nodig is, moet die eiser die relevante bewerings omtrent aanbieding in die dagvaarding maak. In verdedigde sake kan aanbieding deur middel van 'n beëdigde verklaring bewys word (919I).

As nie afstand gedoen is van die reg op kennisgewing van ontering nie, of dit om een of ander rede nie verskoon is nie, moet in die dagvaarding beweer word dat dit wel gedoen is. As van die reg op kennisgewing van ontering afstand gedoen is of dit verskoon is, moet sodanige feite beweer word (920E-F).

Dit is onvoldoende om bloot in die dagvaarding te beweer dat kennisgewing van ontering verskoon is. Die gronde daarvoor of feite waaruit dit ondubbelsinnig afgelei kan word, moet beweer word. Veral as beweer word dat kennisgewing van ontering verskoon is omdat die betrokkene-bank nie teenoor die trekker betaalpligtig was nie, moet die bewering met feite gestaaf word. Die feite moet van so 'n aard wees dat 'n ondubbelsinnige afleiding gemaak kan word dat die betrokkene-bank nie betaalpligtig was nie (922G-J).

'n Hof kan hoogstens daarvan kennis neem dat die afkorting "RD" vir "Refer to drawer" staan. Die uitdrukking "Refer to drawer" beteken slegs dat die bank nie bereid was om die tjek by aanbieding te betaal nie. Die uitdrukking regverdig nie die afleidings (a) dat dit noodwendig deur 'n bankamptenaar aangebring is of (b) dat die tjek weens 'n gebrek aan fondse onteer is nie (923B-C 923G).

As die uitdrukking "Refer to drawer" op die tjek voorkom, kan nie daaruit afgelei word dat die bank nie teenoor die trekker betaalpligtig was en dat kennisgewing van ontering derhalwe verskoon is nie. In die dagvaarding moet beweer word dat die tjeks weens 'n gebrek aan fondse (of 'n ander rede) onteer is en dat (waar van toepassing) die woorde deur 'n gemagtigde bankamptenaar aangebring is (923F).

Die uitspraak toon 'n mate van inkonsekwensie in die hantering van die uitdrukking "Refer to drawer" en die bank se stempelafdruk op die tjek. Wat aanbieding vir betaling betref, is die teenwoordigheid van die betrokkene-bank se stempelafdruk en die woorde "Refer to drawer" *prima facie* bewys dat die tjek wel vir betaling aangebied is. Dit is egter nét moontlik as ook aanvaar word dat die stempelafdruk en die woorde deur 'n bankamptenaar aangebring is. Met betrekking tot die houer se plig om aan die trekker en endossante kennis te gee van ontering, het die uitdrukking veel minder betekenis. Daar kan nie aanvaar word dat dit deur 'n bankamptenaar aangebring is nie; in die besonder beteken dit nie 'n gebrek aan fondse waardeur die betrokkene-bank se betaalplig teenoor die trekker verval en die houer se plig om kennis van ontering te gee, verskoon word nie.

Hierdie uitspraak onderstreep die feit dat daar nie ligtelik juridiese betekenis en effek aan selfs oorbekende uitdrukkings toegeskryf kan word nie.

JC BURGER
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

LITERALISME: STUIT EN ONTTREK, OF 'N NUWE OFFENSIEF?

Public Carriers Association v Toll Road Concessionaries 1990 1 SA 925 (A)

Gedurende die afgelope dekade het uitleg van wette as dissipline 'n ongekende bloeitydperk beleef. Talle akademici was bereid om standpunte en nuwe idees daaroor te opper, en 'n nuwe handboek het verskyn wat die monopolie van Steyn se *Uitleg van wette* beëindig het; leerplanne aan regsfakulteite reflekteer dan ook hierdie kritiese besinning oor die tradisionele benadering tot wetsuitleg. Elke dan en wan was daar selfs 'n hofbeslissing wat die hoop laat opvlam het dat die regbank ook bereid is om 'n minder starre benadering te volg. Net toe daar egter gedink is dat dit "veilig" is om in die openbaar na Cowen, Du Plessis, Labuschagne en andere te verwys, kom die appèlhof vorendag met 'n uitspraak wat die teoretiese grondslag van wetsuitleg vierkantig in die dertigerjare terugplaas.

In *Public Carriers Association v Toll Road Concessionaries* moes die hof onder andere beslis of artikel 9(3) van die Wet op Nasionale Paaie 54 van 1971 beteken dat 'n alternatiewe roete soos in die wet beoog, twee afsonderlike paaie tot gevolg sal hê of nie. Die saak is in appèl geneem nadat die Natalse provinsiale afdeling die aansoek van Public Carriers van die hand gewys het. Artikel 9(3) bepaal:

> "Die kommissie verklaar nie 'n gedeelte van 'n nasionale pad kragtens subartikel (1)(a) tot 'n tolpad nie tensy daar, na oordeel van die kommissie, ten tyde van die bekendmaking van sodanige verklaring ooreenkomstig subartikel (2), en daarna so lank die tolpad sy status as sodanige pad behou, 'n alternatiewe pad tot die beoogde tolpad vir padgebruikers beskikbaar sal wees waarlangs dieselfde bestemming of bestemmings bereik kan word as dié waarna die roete van die betrokke tolpad en nasionale pad voer, en wat-
> (a) deur die kommissie voorsien is; of
> (b) onder die beheer van die kommissie of 'n ander padowerheid is."

Die appellante het onder andere beweer dat artikel 9(3) twee afsonderlike paaie voorsien het, naamlik die tolpad en 'n afsonderlike alternatiewe roete. Die respondente (die tolpadkonsessiehouer, die regering en die Nasionale Vervoerkommissie) het daarenteen aangevoer dat artikel 9(3) slegs beoog het dat 'n redelike alternatiewe roete beskikbaar moet wees vir padgebruikers wat nie die tolheffing wil betaal nie.

Die hof het die appèl van die hand gewys. Wat egter vir wetsuitleg van belang is, is *dicta* van appèlregter Smalberger in sy uitspraak wat soms verwarrend, soms teenstrydig en feitlik deurgaans oudmodies is. Die appèlregter (942C) gaan van die standpunt uit dat dit die primêre reël van wetsuitleg is om die bedoeling van die wetgewer te vind, terwyl hy (943J) van mening is dat

> "it must be accepted that the literal interpretation principle is firmly entrenched in our law and I do not seek to challenge it".

Opgesluit in hierdie twee standpunte is 'n inherente teenstrydigheid waaroor al boekdele geskryf is. Alhoewel die sogenaamde "bedoeling van die wetgewer" nagespeur word, bly dit volgens hierdie benadering steeds onderworpe aan die voorskrifte van die letterlike reël. Dit het tot gevolg dat aanvaar word dat indien die woorde van die bepaling in hulle gewone grammatikale betekenis duidelik en ondubbelsinnig is, dit die wetgewer se wil en bedoeling was, tensy dit tot 'n absurditeit wat die wetgewer nie kon bedoel het nie, aanleiding sou gee (*Venter v R* 1907 TS 910; *Union Government v Mack* 1917 AD 731; *Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530). Die resultaat was dat die howe die sogenaamde "bedoeling van die wetgewer" gelyk gestel het aan die "plain meaning" van die teks. Soos Cowen ("The interpretation of statutes and the concept of 'the intention of the legislature' " 1980 *THRHR* 374 382) en Du Plessis (*The interpretation of statutes* (1986) 36-39) daarop wys, word die wetgewersbedoeling sodoende verlaag tot die letterlike reël. Omdat slegs lippediens bewys word aan die wetgewersbedoeling, was die konsep niks meer as die toepassing van literalisme in 'n "bedoelingsvermomming" nie. Gevolglik het wetsuitleg bly vassteek by wat Steyn (*Die uitleg van wette* (1981) 68) die "letterknegtelike woordkibbelary van die 'regardless-of-the-consequences' -teorie" noem.

Tog was daar in die verlede beslissings wat hierdie slaggat van literalisme vermy het. So lank gelede as 1950 het appèlregter Schreiner in sy minderheidsuitspraak in *Jaga v Dönges* 1950 4 SA 653 (A) met goedkeuring Lord Greene in *In Re Bidie* 1949 Ch 121 129 aangehaal:

> "The first thing to be done, I think, in construing particular words in a section of an Act of Parliament is not to take those words in vacuo, so to speak, and attribute to them what is sometimes called their natural or ordinary meaning. Few words in the English language have a natural or ordinary meaning in the sense that their meaning is entirely independent of their context. The method of construing statutes that I myself prefer is not to take out particular words and attribute to them a sort of prima facie meaning which may have to be displaced or modified, it is to read the statute as a whole and ask myself the question: 'In this statute, in this context, relating to this subject matter, what is the true meaning of that word?'. . . The real question that we have to decide is, what does the word mean in the context in which we here find it, both in the immediate context of the sub-section in which the word occurs and in the general context of the Act, having regard to the declared intention of the Act and the obvious evil that it is designed to remedy."

Die gevaar word dus vermy dat die uitlegger nie reeds aan die begin van die uitlegproses by die "plain meaning" van die woorde bly vassteek nie, omdat die konteks daarvan van meet af in berekening gebring word.

Appèlregter Van Blerk huldig in *Stellenbosch Farmers' Wineries v Distillers Corporation* 1962 1 SA 458 (A) 469G die mening dat die betekenis van 'n woord moet afhang van die konteks waarin dit gebruik is. Prinsipieel behoort daar tog nie besware teen so 'n uitgangspunt te wees nie. Die gevare van literalisme word vermy en die hof is dus by implikasie bereid om al die opsies voor hom te beoordeel.

Appèlregter Smalberger verklaar egter verder (943C) dat dit raadsaam sal wees om die doel of oogmerk ("purpose") van artikel 9(3) te bepaal ten einde die bedoeling van die wetgewer vas te stel. Hy gaan dan verder deur aan te toon dat so 'n doeldienende interpretasie nie vreemd in die Suid-Afrikaanse reg is nie, aangesien dit reeds vantevore deur die howe in die patentreg toegepas is. Die aanname van die regter dat die gebruik van die "purpose" van 'n bepaling deur die howe nie wyer inslag gevind het nie, val ietwat vreemd op die oor. Die grondslag van die vermoede dat die wetgewer nie doellose of kragtelose bepalings beoog nie, is die aanvaarding dat elke statutêre instrument 'n funksionele doel en oogmerk het. In *Prokureur-Generaal v Van Zyl* 1961 1 SA 729 (K) 736 spreek die hof hom uitdruklik ten gunste van 'n doeldienende interpretasie uit; volgens *SA Medical Council v Maytham* 1931 TPD 45 moet daar gepoog word om 'n "business efficacy" aan 'n bepaling te gee. Dat die doel en oogmerk van 'n bepaling nagestreef moet word, word ook baie duidelik deur die hof in *Esselman v Administrateur SWA* 1974 2 SA 597 (SWA) onderstreep:

> "As uitlegger van 'n bepaling moet die Hof van die veronderstelling uitgaan dat die wetgewer 'n doelmatige en doeldienende bepaling wil maak. Die Hof sal 'n uitleg vermy wat die wetsbepaling verydel en nutteloos maak" (599F).

Appèlregter Van Blerk in *Stellenbosch Farmers' Wineries v Distillers Corporation supra* stel dieselfde gedagte klokhelder en ondubbelsinnig:

> "Om agter die werklike betekenis van die woorde te kom moet vasgestel word wat die doel was wat die Wetgewer voor oë gehad het, en wat die rede vir die aanname van die artikel was" (473F).

Dit is dus duidelik dat die soeke na die oogmerk van 'n bepaling en die daaropvolgende doeldienende interpretasie nie slegs tot die patentreg beperk is nie. Per definisie is dít tog per slot van rekening die wese van wetsuitleg of soos Labuschagne ("Regsnormvorming: riglyn vir 'n nuwe benadering tot die tradisionele reëls van wetsuitleg" 1989 *SA Publiekreg* 211) dit stel: 'n bepaling moet *regsnormdoeldienend* uitgelê word.

Voortspruitend uit die voorgaande kom nog 'n vreemde benadering na vore. Die hof (steeds by monde van appèlregter Smalberger) kom tot die gevolgtrekking dat die doel of oogmerk van die bepaling ("purpose of the provision") slegs in aanmerking geneem kan word indien die letterlike betekenis tot dubbelsinnighede aanleiding sal gee (943J – 944A). Behalwe dat so 'n letterlike benadering totaal onaanvaarbaar is, kan daar nie met die kunsmatige onderskeiding tussen die *bedoeling van die wetgewer* en die *doel en oogmerk van die wetgewing* saamgestem word nie. Per slot van sake het mens hier met dieselfde begrip te doen, ongeag wat dit genoem word. Ek kan my nouliks voorstel dat die *wetgewersbedoeling* en die *wetgewingsoogmerk* kan verskil. Indien wel, is daar iets fout met die stelsel. Wetgewing word nie in 'n vakuum tot stand gebring nie maar met 'n sekere doel voor oë. Of dit nou onder 'n subjektiewe, psigologistiese dekmantel van die bedoeling van die wetgewer tuisgebring word, of binne die objektief-funksionele raamwerk van die duidelike oogmerk van die wetgewing gesoek word, verander nie aan die feit dat wetgewing nie doelloos aanvaar word

nie. In die *Stellenbosch Farmers' Wineries*-saak (*supra*) het appèlregter Wessels onder andere begrippe soos "the Legislature aimed at", "the Legislature employed", "the Legislature intended", "the Legislature included" en "the aim of the Legislature" gebruik. Dit sou tog onlogies wees om te beweer dat die "aim of the legislature" en die "purpose of the provision" twee verskillende begrippe is!

Die hof het wel 'n doeldienende uitleg in die *Public Carriers*-saak gevolg, maar die intellektuele gimnastiek om dit te bewerkstellig, was nie nodig nie. (Die res van die feite en beslissing is nie relevant vir die onderhawige bespreking nie.)

Laat ons nou maar eerlik wees. Wat wetsuitleg betref, sit ons opgeskeep met 'n klomp onnodige bagasie, 'n deurmekaar stelsel van primêre reëls, goue reëls, "overriding principles", 'n bietjie Engelse reg en 'n bietjie Romeins-Hollandse reg, tersiêre reëls, uitsonderings op uitsonderings, asook standpuntverskille oor hoe die bedoeling van die wetgewer (of dan die duidelike oogmerk van die wetgewing) vasgestel behoort te word, en wat om daarmee te doen indien dit vasgestel is. Anomalieë is aan die orde van die dag: as die howe bereid is om die *eiusdem generis*-reël toe te pas, kom die *iudicis est ius dicere sed non dare*-reël nie ter sprake nie; sou die howe egter 'n *casus omissus* wil aanvul, is dit kwansuis 'n geval van regsvorming wat buite die howe se diskresie val, ongeag die feit dat beide gevalle in beginsel op 'n wysiging van die ooglopende, normale teksbetekenis neerkom. Voorts word daar van die howe en regspraktisyns verwag om hierdie verwarrende stel reëls en beginsels te gebruik om 'n groter wordende volume ingewikkelde wetgewing te interpreteer en toe te pas. Geen wonder dat die praktisyns en die howe nie altyd seker is wat om wanneer te gebruik nie, om nie eers te praat van die arme studente wat met hierdie Babelse verwarring gekonfronteer word nie. Gevolglik word daar maar telkens op die bekende beginsel van die "bedoeling van die wetgewer onderworpe aan die letterlike reël" teruggeval. Dalk 'n geval van "better the devil you know"?

Om 'n ingewikkelde stuk wetgewing uit te pluis en te interpreteer, is moeilik genoeg. In *Santam Insurance Ltd v Taylor* 1985 1 SA 514 (A) 523B 526E stel appèlregter Botha die probleem soos volg:

> "In an attempt to escape from the prolixity which disgraces this piece of legislation I shall take a number of short cuts when referring to its provisions . . . In my opinion the man in the street would be at least as perplexed by the language used by the legislature as is the man on the bench who is writing this judgement."

Ook appèlregter Van Heerden in *Oos-Randse Administrasieraad v Rikhoto* 1983 3 SA 595 (A) 610C het 'n soortgelyke opinie gehuldig:

> "Op sy sagste gestel is 'n hele aantal van die bepalings, asook die samehang van die twee stelle regulasies en die vyftal wette waaronder hulle uitgevaardig is, moeilik verstaanbaar vir regsgeleerdes. 'n Mens kan dus aanvaar dat die regulasies nie glashelder is vir die beamptes wat hul moet administreer of die groot aantal leke op wie hul van toepassing is nie."

Dit is dus nie nodig om die proses nog verder te kompliseer nie; alhoewel dit nouliks van die howe verwag kan word om begrippe soos *sinchronisasieversteuring tussen normdoel en teks*, en *konkretisering* te gebruik, is dit myns insiens tyd dat die uitlegproses so eenvoudig as moontlik toegepas word sonder onnodige haarklowery en spitsvondighede. Die duidelike oogmerk of doel van die wetgewing (of indien verkies, die fiksie van die wetgewersbedoeling) moet as die sentrale vertrekpunt geneem word. Om dit te vind, is egter nie altyd so eenvoudig nie. Dit impliseer 'n proses van navorsing waartydens die uitlegger soveel data

as moontlik moet versamel, sowel uit die teks as die konteks van die betrokke bepaling. Daarna het die regbank die diskresie om, indien nodig, die aanvanklike teksbetekenis te wysig ten einde die oogmerk van die wetgewing (bedoeling van die wetgewer) te bereik. Daar moet egter in gedagte gehou word dat die mate waarin die hof die aanvanklike teksbetekenis mag wysig, begrens word deur die duidelike oogmerk van wetgewing: hoe minder duidelik die oogmerk is, hoe kleiner is so 'n modifiserende diskresie. In hierdie proses behoort die uitlegger onbevange te kyk na vermoedens, omringende omstandighede, die volle teks van die wetgewing en die geskiedenis daarvan. Kortom, die teks en die konteks van die wetgewing moet ten volle en gebalanseerd gebruik word om die oogmerk daarvan te bepaal. Radikaal en vreemd aan die Suid-Afrikaanse reg is dit tog nie.

Laastens, die titel van hierdie bydrae. Stuit en onttrek is 'n leerstelling van gemeganiseerde oorlogvoering wat ten doel het dat 'n mag in taktiese spronge as't ware agteruit veg om te voorkom dat 'n totale front ineenstort en 'n terugtrekking in 'n volslae nederlaag ontaard, byna soos 'n bokser wat terugslaan terwyl hy retireer. Hopelik is hierdie uitspraak 'n ordelike onttrekking van literalisme, en nie 'n nuwe offensief nie! Ongelukkig wil dit voorkom of die finale oorgawe nog in die toekoms lê.

Moontlik het regspraktisyns hulle bedenkinge oor die waarde van al die volumes wat oor wetsuitleg deur die akademici in hulle ivoortorings geskryf word. Indien hulle tevrede is met die huidige stelsel met sy weersprekende hofbeslissings en verwarrende, ongesistematiseerde teoretiese grondslag, net dit: alles dui daarop dat Suid-Afrika binne die afsienbare toekoms 'n nuwe grondwet in die ware sin van die woord sal hê met 'n handves van menseregte wat deur 'n hof afgedwing sal moet word. Indien die interpretasie van so 'n grondwet op die starre beginsels van literalisme gebaseer gaan word, het ek ernstige bedenkinge of die howe die eiesoortige eise van konstitusionele hersiening in die nuwe Suid-Afrika sal kan baasraak. Trouens, waar die appèlhof waarskynlik 'n sentrale posisie sal beklee in 'n stelsel van konstitusionele toetsing, wek die benadering tot wetsuitleg in die *Public Carriers*-saak eerder 'n gevoel van wanhoop.

CHRISTO BOTHA
Universiteit van Suid-Afrika

OKKUPASIE VAN HUURPAGPERSELE

Vumane v Mkize 1990 1 SA 465 (W)

Die remedies van huurpaghouers om okkupasie te verkry, het in hierdie saak ter sprake gekom.

1 Feite Applikant (Vumane, hierna V) het kragtens die Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984 op 10 Februarie 1986 by wyse van oordrag van 'n reeds bestaande huurpag huurpaghouer van 'n perseel (met 'n woning) geword. Tydens registrasie van die huurpag op V se naam (1986–02–10)

het respondente (Mkize, hierna M) die perseel kragtens 'n woonpermit (uitgereik ingevolge reg 7 hfst 2 GK R1036 van 1968–06–14 SK 2096) geokkupeer. Okkupasie moes kragtens die huurpagkontrak op 1 Januarie 1986 aan V gegee word.

2 **Betoë** V vra op 6 Januarie 1987 by wyse van aansoekprosedure 'n uitsettingsbevel teen M. V baseer sy aansoek op die *rei vindicatio* as *quasi*-eienaar (467C–D). (Die geregistreerde eienaar is die plaaslike bestuur van Diepmeadow.)

In die repliserende verklaring beweer M dat V as geregistreerde huurpaghouer nie oor die nodige *locus standi* beskik nie; net die geregistreerde eienaar kan 'n beroep op die *rei vindicatio* doen (467B–C). (In teenstelling met die normale praktyk by mosieprosedure is 'n aantal verdere verklarings deur beide partye ingehandig (467A–B; 468I–469A).)

3 **Uitspraak** Daar word bevind dat V nie regtens eienaar is nie en gevolglik nie die *rei vindicatio* kan instel nie (467D–E). Die plaaslike bestuur van Diepmeadow het volgens die hof waarskynlik slegs *nudum dominium*; regter Schabort ag dit egter nie nodig om die inhoud daarvan te bepaal nie (467D–E).

Nieteenstaande voorgenoemde bevinding, ken die hof tog aan V 'n *ius vindicandi* toe (467I–J). Die grondslag hiervoor (467E–G) is geleë in:

(a) artikel 56(5)(a) Wet 4 van 1984 wat bepaal dat alle huurpagte uitgereik kragtens die (herroepe) Swartes (Stadsgebiede) Konsolidasie Wet 25 van 1945 geag word ingevolge die 1984-wet geregistreer te wees;

(b) artikel 53(5)(b) wat aan die houer van huurpag die reg verleen "om enige gebou op die perseel te okkupeer . . ."; en

(c) die oordragooreenkoms wat bepaal dat die oordrag "for residential purposes" sal wees.

Die hof omskryf die okkupasiereg wat uit die huurpagreg voortvloei as "a real right in addition to being of statutory origin" (467I – a 53(5)(b)). Waar 'n statutêre huurpag vir okkupasie voorsiening maak, het sodanige houer (net soos die plaaslike bestuur as eienaar) volgens regter Schabort vanaf registrasie 'n *ius vindicandi* om okkupasie af te dwing (467H–J).

Vervolgens oorweeg die hof (468A–469B) moontlike verwere teen die *ius vindicandi*. Hy verwys (468A) na *Chetty v Naidoo* 1974 3 SA 13 (A) 20B–D waarin beslis is dat 'n verweerder kan aantoon dat

> "he is vested with some right enforceable against the owner (e.g., a right of retention or a contractual right). The owner, in instituting a *reivindicatio*, need, therefore, no more than allege and prove that he is the owner and that the defendant is holding the *res* – the *onus* being on the defendant to allege and establish any right to continue to hold against the owner".

M se beweerde "superior right of possession and occupation of the premises" (468A) berus op haar hierbovermelde GK R1036-woonpermit. Dié verweer word verwerp aangesien:

(a) 'n woonpermit kragtens regulasie 7(5) aan die einde van elke maand *ipso facto* verval – betaling van die huurgeld binne sewe dae daarna word geag die permit te hernieu (M het nie beweer of bewys dat sy die afgelope drie jaar huurgeld betaal het nie (468I–469J).);

(b) GK R1036 op 6 Julie 1988 deur artikel 12 van die Wet op die Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 1988 herroep is (Volgens die hof maak die 1988-wet nie voorsiening vir die verlenging van bestaande GK R1036-regte nie: 468D–E.); en

(c) die regseffek van geregistreerde huurpag is dat alle woonpermitte *ipso iure* gekanselleer word:

> "This practice is consonant with my understanding of the legal effect of registered leasehold and the implications thereof with reference to the right of occupation" (469B).

4 Evaluasie Nieteenstaande die hof se aanvanklike bevinding dat die huurpaghouer nie eienaar is nie en daarom nie die *rei vindicatio* kan instel nie, verklaar hy tog dat V (net soos die eienaar) 'n *ius vindicandi* het waarmee hy okkupasie kan verkry. Die huurpagreg (en verbandhoudende okkupasiebevoegdheid – "right of occupation" (467H–I)) is volgens die hof 'n statutêre saaklike reg (Wet 4 van 1984). Aangesien dié okkupasiebevoegdheid deur dieselfde wet gereël word, beskik V oor 'n ongespesifiseerde aksie wat blykbaar presies soos die *rei vindicatio* funksioneer. Dié afleiding word bevestig deur die hof se verwysing na die *Chetty*-saak as gesag wat onder meer gehandel het oor verwere teen die *rei vindicatio*. Die vraag kan gestel word of daar nie weens die toename in statutêre huurpagte (met as inhoud onder meer die okkupasiebevoegdheid) oorweging geskenk behoort te word aan die uitbreiding van die vereiste dat slegs die eienaar die *rei vindicatio* kan instel nie. Dit is ongewens om twee identiese aksies (die *rei vindicatio* en 'n ongespesifiseerde aksie) onderskeidelik aan die geregistreerde eienaar en die huurpaghouer (as statutêr bepaalde saaklike reghebbende) ter afdwinging van beide se *ius vindicandi* te verleen. Daar sou geargumenteer kon word dat slegs die huurpaghouer vir doeleindes van uitsetting en okkupasieverkryging (en -behoud) ter uitsluiting van die ware eienaar op 'n remedie (die *rei vindicatio*) geregtig behoort te wees (veral aangesien okkupasie – ook ter uitsluiting van die ware eienaar – deur die 1984-wet aan die huurpaghouer verleen word).

Volgens die hof se interpretasie van regulasie 7(5) GK R1036 verval 'n woonpermit indien die huurgeld nie op die voorgeskrewe tyd betaal word nie. Die hof verwys egter nie na die voorbehoudsbepaling wat die permithouer steeds aanspreeklik hou vir alle agterstallige bedrae ten opsigte van sodanige permit terwyl hy steeds okkupeer nie. Daar is ook geen vermelding nie van regulasie 7(6) wat bepaal:

> "Die bewoning van 'n perseel ingevolge 'n woonpermit is, benewens die voorwaardes wat spesifiek op sodanige permit geëndosseer is aan die volgende voorwaardes onderworpe:—
>
> (a) Die houer van sodanige woonpermit word geag 'n huurder te wees, en word hierin 'die huurder' genoem.
>
> (b) Die huurtermyn is onderworpe aan een maand skriftelike kennisgewing."

Die feit dat nòg die plaaslike bestuur nòg die vorige huurpaghouer enige stappe kragtens onderskeidelik GK R1036 of die 1984-wet gedoen het om M se okkupasie te beeïndig, kan moontlik neerkom op die stilswyende herinstelling van die huurkontrak (reg 5(6)(a)) wat aanvanklik tussen die plaaslike bestuur en M gesluit was. In dié geval sou daar kragtens GK R1036 eers een maand kennis aan M gegee moes word om die huurkontrak op te sê.

Die hof het verder bevind dat GK R1036 op 6 Julie 1988 deur artikel 12 van die 1988-wet herroep is, en dat M se GK R1036-regte nie na dié datum voortbestaan het nie. Die wet het egter eers op 1 Januarie 1989 in werking getree (Prok R226 van 1988–12–30 SK 11648). Die datum van *litis contestatio* was 6 Januarie 1987 en die 1988-wet kon dus glad nie op hierdie saak van toepassing

wees nie. Selfs in gevalle waar die 1988-wet van toepassing sou wees, fouteer die hof steeds deur die standpunt in te neem dat GK R1036-regte met die inwerkingtreding van die wet verval. In die verband is die volgende bepalings ter sake:

(a) Kragtens artikel 6(1)(a) is die houers van woon- en tehuispermitte (reg 7 hfst 2 en reg 5 hfst 7 GK R1036) huurders (en die betrokke plaaslike owerhede die verhuurders) na 1 Januarie 1989. Naas bepalings met betrekking tot beëindiging na drie maande skriftelike kennis en die vaslegging van die huursom tot 'n bedrag soos voor die inwerkingtreding van die 1988-wet (a 6(2)(a)–(b)), gee die wet geen verdere omskrywing van die inhoud van dié huurkontrakte nie. (Daar kan geargumenteer word dat die inhoud van die huurkontrakte weens die onstentenis van enige verdere tans bestaande voorskrifte in feite deur die toepaslike bepalings van die herroepe GK R1036 gereël behoort te word.)

(b) 'n Houer van 'n perseelpermit, 'n sertifikaat van bewoning en 'n handelsperseelpermit (reg 6 en 8 hfst 2 en reg 2 hfst 3 GK R1036) behou kragtens artikel 11(1) (nieteenstaande die inwerkingtreding van die 1988-wet en die herroeping van GK R1036 deur a 12 daarvan) sy GK R1036-regte totdat die regte in huurpag of in huurkontrakte (a 6(1)) omskep is:

> "[Hy] moet . . . dieselfde regte hê as wat hy sou gehad het ten opsigte van daardie perseel ingevolge die regulasies asof daardie regulasies nie by hierdie Wet herroep is nie" (sien Du Plessis en Olivier "Wet op die Omsetting van Sekere Regte in Huurpag 81 van 1988" 1988 *SA Publiekreg* 272–275).

Die hof volg 'n dubbelloop-argument ten einde M se uitsetting te beveel. Aan die een kant verval haar regte as gevolg van die herroeping van GK R1036 en aan die ander kant maak die hof staat op regulasie 7(5) van dieselfde GK ten einde te bevind dat haar huurgeld drie jaar agterstallig is en dat haar woonpermit as gevolg van dié versuim verval het.

Die hof verwys na die onderhawige huurpag as huurpag verkry volgens artikel 56(5)(b); dié artikel handel oor huurpagte wat reeds kragtens die Swartes (Stadsgebiede) Konsolidasie Wet 25 van 1945 verleen is. Huurpag ten aansien van die perseel wat in die *Vumane*-saak ter sprake is, moes dus reeds voor 1984 verleen gewees het. Die vraag kan gestel word hoe M dan 'n woonpermit op 'n huurpagperseel bekom het, en hoe M ongestoorde okkupasie sedert die oorspronklike verlening van huurpag geniet het. (Die datum van die oorspronklike huurpagtoekenning en van die woonpermit word nie vermeld nie.)

'n Probleemstelling wat nie in die hofsaak aangeraak is nie maar wat wel na vore tree, het te make met die stadium waarop 'n voornemende huurpaghouer okkupasie van die betrokke perseel kan verkry. As okkupasie kragtens 'n nog nie geregistreerde huurpagkontrak verleen moet word, ontstaan die vraag of sodanige voornemende huurpaghouer vóór registrasie enige remedie het om okkupasie te verkry.

'n Verdere probleem wat na vore kan kom, is die geval waar 'n huurpaghouer die houer van 'n woonpermit (wat na inwerkingtreding van die 1988-wet *ipso iure* huurder geword het) wil uitsit; sodanige huurder in okkupasie sou hom bes moontlik op die *huur gaat voor koop*-reël kon beroep. Die effek hiervan sou wees dat die huurder (woonpermithouer) in sy okkupasie gehandhaaf word, en dat die huurpaghouer dus ten minste *pro tanto* geag word in die verhuurder (die betrokke plaaslike owerheid) se plek te tree (sien *Kessoorpersadh v Essop* 1970 1 SA 265 (A); *Mignoel Properties v Kneebone* 1989 4 SA 1042 (A)). Dit bring

die verdere vraag na die okkupasieregte (reg 15 hfst 2 GK R1036) van die houers van loseerderspermitte (persone wie se name as wettige bewoners op sertifikate van bewoning en woonpermitte wat aan derdes uitgereik is, voorkom) na vore. Anders as in die geval van perseel-, handelsperseel-, woon- en tehuispermitte en sertifikate van bewoning, bevat die 1988-wet geen oorgangsbepaling met betrekking tot die beskerming van hulle regte nie. Daar sou moontlik gesê kon word dat in daardie gevalle waar die verbandhoudende permit of sertifikaat in 'n huurkontrak omskep is (a 6 van die 1988-wet), sulke bewoners as onderhuurders beskou moet word. In so 'n geval sou die moontlike beskerming van onderhuurders se okkupasieregte kragtens die *huur gaat voor koop*-reël ter sprake kom (sien Fourie "Saaklike regte by huur en onderhuur" 1978 *THRHR* 299).

Die *Vumane*-saak bring dus weer eens die onsekere regsposisie van bestaande GK R1036-regte voor en na die inwerkingtreding van die 1988-wet na vore. Daar word aan die hand gedoen dat daar van owerheidsweë oorweging geskenk word aan die uitreiking van regulasies kragtens artikel 66(1) van die 1984-wet om bogenoemde en ander verbandhoudende probleme op 'n bevredigende en billike wyse te reël.

W DU PLESSIS
NJJ OLIVIER
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

LOCUS STANDI AND TOWN PLANNING SCHEMES

Bedfordview Town Council v Mansyn Seven (Pty) Ltd
1989 4 SA 599 (W)

Introduction In this case the facts were the following: Applicants, the Bedfordview Town Council and an owner of land situated within the council's jurisdiction, claimed an interdict restraining Mansyn Seven (Pty) Ltd from erecting a building as approved by the Germiston City Council. The plans which had been approved by the Germiston City Council were for a high-rise building in excess of three storeys which is in conflict with the Germiston City Council's own town planning scheme. The said owner is the owner of a stand in the immediate vicinity of a servitude road which will bear traffic to and from Mansyn's proposed building.

It seemed to be common cause that:

(a) the Germiston City Council disregarded important provisions of a provincial ordinance;

(b) the property of the owner within Bedfordview's jurisdiction will depreciate substantially as a result of such disregard;

(c) the property is near (presumably within one mile) of the property on which Mansyn Seven (Pty) Ltd intends to erect the building, the subject of this application; and

(d) the areas of jurisdiction of Germiston and Bedfordview are adjacent to each other.

On a point raised *in limine* the judge decided that neither the Bedfordview municipality, nor the owner of the stand in its jurisdiction, had *locus standi* to bring such an application for an interdict as proposed, the *ratio* being that the prohibition under consideration is contained in Germiston's town planning scheme and that the applicants were attempting to enforce the provisions of an approved scheme in a jurisdiction alien to them. This *ratio* requires closer inspection in regard to relevant ordinances, acts and case law.

Ordinances Assuming that in this matter Ordinance 25 of 1965 was applicable when the town planning scheme came into operation, it is clear that the following method of consultation was followed in the process of the initiation of the scheme:

(1) Several stages in the development of a town planning scheme were prescribed, namely a draft scheme growing into an *interim* scheme and maturing into an approved scheme in operation.

(2) Public notice was given of the content of the scheme (see 26(1) 29A 31 34A(2) and 46(3)).

(3) (a) Any owner or occupier of immovable property situate within (i) the area to which the draft scheme applies or within (ii) one mile of the boundary of such scheme, and (b) any local authority whose area of jurisdiction is contiguous to the area to which the scheme applies, had the right to lodge an objection (see 28 29A(3)(b) 32 43A(4) and 46). Should an amendment to the scheme take place, they would have *locus standi* to object to such proposed amendment (see s 46(5) and 46(7)(f)). This clearly signifies, it is submitted, that Bedfordview Municipality and the said owner would have been deemed to fall within a class of people for whose benefit the town planning scheme enured. At the very least they had a right to be heard.

The next question to be considered is whether the provisions of Ordinance 15 of 1986 abrogated these aforementioned rights bearing in mind that there is a presumption that the legislator does not intend to take away existing rights (see *Cotton Tail Homes (Pty) Ltd v Palm Fifteen (Pty) Ltd* 1978 2 SA 872 (A) 887G). Now, in terms of the 1986 ordinance, the procedure of consultation is as follows:

(1) Notice is given of the scheme (s 28(1) and 44(1)(b)(ii)).

(2) *Any person* may lodge an objection (s 28(2)) whilst *any person* (no particular category is specified) who is aggrieved may appeal (s 59(3)) provided a deposit is made (s 59(4)).

If anything, it appears that the scope for objections has been widened in the 1986 Ordinance subject to to a deposit being paid. Certainly no rights were taken away either expressly or, it is submitted, by necessary implication.

Section 19 of the 1986 Ordinance reads as follows:

> "The general purpose of a town planning scheme shall be the co-ordinated and harmonious development of the area to which it relates in such a way as will most effectively

> tend to promote health, safety, good order, amenity, convenience and general welfare of the area as well as efficiency and economy in the process of such development."

It is clear that this section states the general purpose of a town planning scheme without specifying how, in practice, this should be achieved. It is suggested that sections 28(1), 44(1)(b)(ii), 28(2), 59(3) and 59(4) (*supra*) set out the manner in which this is to be achieved.

It is submitted, in view of the above, that the Bedfordview Municipality and the owner of the property within its jurisdiction had *locus standi* to object to the non-implementation of and/or informal amendment to a town planning scheme the conditions of which they, possibly, had agreed to in the first place.

Acts On the facts, the applicants had an interest in the developments taking place in Germiston and causing a spillover into adjoining areas:

(a) The Bedfordview Municipality, at least, had an interest in the fact that more traffic would be generated on their roads thus causing more expenditure on their upkeep, etcetera.

(b) The owner of the property, at least, had an interest in that the amenities of its building would be negatively influenced.

It is submitted that section 19(1)(a) of the Supreme Court Act confers on them *locus standi* to approach the court for relief to be granted in the discretion of the judge.

Case law In *East London Municipality v Ellis* 1907 EDL 261 where the source of the stench of fermenting wheat was outside the area of jurisdiction of the municipality, the judge expressed the following view:

> "Suppose a large building were erected just outside the municipal boundaries and drainage from this building were allowed to run over the boundary on to the land within the control of the municipality. Could it be said that the municipality would have no right to take steps against the owner or occupier of the building from which the nuisance emanated? I think the applicant has the right . . ."

In *Roodepoort-Maraisburg Town Council v Eastern Properties* 1933 AD 103 104 the following remarks bear repetition:

> "Dit is dus wenslik om altans wat my aangaan enige moontlike gevolgtrekking te vermy dat . . . die *locus standi* van die plaaslike bestuur alleen op die eienaarskap van standplase gegrond kan word."

And:

> "Die menigvuldige sake oor *locus standi* toon aan dat dit nie 'n kwessie van strik substantiewe reg is nie, maar eerder een van praktyk en dat daar dus meer ruimte is vir aanpassing aan die omstandighede in iedere konkrete geval."

As regards the rights of the applicants to bring such an application, the following was decided:

> "Everyone has the right . . . to protect himself by an appeal to a court of law against a loss caused to him by the doing of an act by another which is expressly forbidden by law" (*CD of Birnam (Suburban) Ltd v Falcon Investments Ltd* 1973 3 SA 838 (W)).

Submission It is submitted that in view of the above, regard being had to the ordinances, the acts and case law, the applicants in this case ought to have had *locus standi* to approach the court for relief. It should be noted that *no damages* were claimed by the applicants in this matter. The legal position is, it is submitted, on a reading of the cases mentioned above as follows:

(a) where the act is expressly prohibited in the interests of a person or in the interest of a class of persons of which he is a member, the court will presume that he is damnified;

(b) where the prohibition is in the public interest then any member of the public who can prove that he has sustained damage is entitled to his remedy.

It is suggested that (a) applies in this case. However, even if (b) should apply, then damage will have been sufficiently proved. In *Todd v Minister of Public Works* 1958 1. SA 328 (A) 334G it was stated:

> "It is I think obvious that the presence of a business may affect the value of adjoining properties or may interfere with the amenities thereof. I see no reason why the petition should necessarily allege in so many words the possession of such an interest or the anticipation of pecuniary damage if the business is permitted – the fact of ownership is sufficient allegation." And: "If the market value of land is affected, the land is affected."

Conclusion It is concluded that it is at the very least arguable that the decision in the case under discussion does not set out the legal position correctly as regards *locus standi* in the circumstances such as prevailed in this case, and that another court could reasonably come to a different conclusion on the facts in this matter.

REX LE ROUX
Pretoria Bar

PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

Uit hierdie fonds word finansiële hulp vir die publikasie van regsproefskrifte en ander verdienstelike manuskripte verleen.

Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:

Prof DJ Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

BOEKE

LAW AND MEDICINE

Redaksionele Raad TW BENNETT *et al*

Juta Kaapstad Wetton Johannesburg 1988; iv en 233 bl

Prys R85 + AVB

Die inhoud van hierdie boek (eers gepubliseer as 1988 *Acta Juridica*) bestaan uit 'n negetal prikkelende opstelle waarin verskeie aspekte van die geneeskundige reg, benewens geneeskundig-etiese kwessies, aangeroer word.

Die eerste bydrae (deur Kirsch en Benatar) oor geneeskunde in 'n Suid-Afrikaanse verband het weinig met reg en geneeskunde te doen, maar veel met politiek en geneeskunde, en dwing die leser tot diep nadenke. Die bydrae is sterk polities gekleur en bevat oordele waaroor daar sekerlik ernstig gedebatteer kan word. Ofskoon die skrywers verklaar dat dit onrealisties is om apartheid alleen te verwyt vir die ongelykhede in die gesondheidsorg te lande, kom dit voor asof hulle dié situasie tog in 'n groot mate voor die deur van apartheid lê.

Hulle gebruik die woord "apartheid" asof dit iets met 'n vaste, gedefinieerde inhoud is, terwyl dit inderdaad inhoudelik groot veranderings ondergaan het, veral in die laat tagtigerjare; in die jongste tyd is dit as regeringsbeleid prysgegee.

Ofskoon daar nie ontken kan word nie dat 'n regeringsbeleid en aktiewe "maatskaplike ingenieurswese" op hul beurt vraagstukke kan skep, is dit meer realisties om "klassieke apartheid" as self 'n gevolg van of reaksie op dieperliggende probleme te sien. Selfs al verdwyn wetteregtelike "apartheid", verdwyn daardie probleme nog nie.

Na my oordeel neig Kirsch en Benatar 'n bietjie tot utopiese sienings. Hulle stap te ligtelik heen oor die ontsaglike invloed wat faktore soos diepgaande, historiesgegewe kulturele verskille in die Suid-Afrikaanse samelewing, ekonomiese faktore waaroor die owerhede weinig beheer het en 'n bevolkingsgroei wat skynbaar onbeheerbare afmetings begin aanneem, op maatskaplike strukture – met inbegrip van die gesondheidsorgstelsel – het.

Die skrywers meld wel dat snelle groei by die swart bevolking verwag kan word, maar gee hul lesers nie 'n aanduiding dat Suid-Afrika vir die voorsienbare toekoms waarskynlik 'n bevolkingsaanwas van meer as 'n miljoen mense per jaar sal hê nie. Suid-Afrika is 'n land met beperkte hulpbronne en 'n tekort aan hoogs geskoolde mannekrag. Wat ook al die politieke stelsel van die dag is, sal dit uiters moeilik gaan om die ontsaglike probleme betreffende voorsiening van gesondheidsdienste in die jare wat voorlê, die hoof te bied.

Die skrywers plaas tereg 'n vraagteken oor die fragmentasie van staatlike gesondheidsdienste. Die teenstelling van die huidige 14 ministeries van gesondheid teenoor één sentrale beheerliggaam voor 1976 (4) is egter nie heeltemal billik nie; tesame met die Departement van Nasionale Gesondheid was daar steeds vier provinsiale administrasies wat deel van die beheerstruktuur was.

Die skrywers betreur die wandistribusie van gesondheidsdienste en geneeshere (stede goed- of oorvoorsien; platteland ondervoorsien). Dit is egter 'n wêreldwye verskynsel en is veral 'n vraagstuk in die Derde Wêreld. Is dit billik om Suid-Afrika met 'n hoogs ontwikkelde land soos die VSA te vergelyk? Dit is ook jammer dat die skrywers geen melding maak van die lofwaardige pogings van die Departement van Nasionale Gesondheid en Bevolkingsontwikkeling om klinieke en mobiele klinieke aan afgeleë gebiede te verskaf nie. Inderdaad is die geneesheer-pasiënt ratio in Suid-Afrika ongunstiger as in ontwikkelde lande, soos die skrywers aantoon. Die situasie is nie verbeter nie deur die vele Suid-Afrikaans-opgeleide medici – sommige van wie veel te sê gehad het oor die tekortkominge van die plaaslike gesondheidsorgstelsel – wat, in stede van hul deeltjie hier te probeer doen, groener weivelde in lande soos die VSA en Australië gaan soek het.

Die skrywers haal heelwat statistieke aan (Suid-Afrikaans en vergelykend) om hul betoog te staaf dat primêre gesondheidsorg by ons 'n lae prioriteit sou geniet. Statistieke kan deur verskillende waarnemers verskillend vertolk word en statistieke saamgestel deur verskillende instansies kan verskil. Kyk 'n mens byvoorbeeld na die onlangs verskene *Health trends in South Africa* uitgegee deur die NGBO, is die beeld glad nie so bedrukkend nie. Net 'n enkele voorbeeld: Kirsch en Benatar (10) haal 'n gemiddelde kindersterftesyfer van 91 (per 1000 lewendige geboortes) vir Suid-Afrika aan (1983) terwyl *Health trends* (8) 'n syfer van 56 verstrek (1985).

In hul afdeling oor mediese organisasies word die invloedryke Mediese Vereniging van Suid-Afrika (MVSA) aan skerp kritiek onderwerp:

> "[T]he MASA has, in the past, often failed to meet ideals to which it has aspired and its official policy has been extremely conservative" (14).

Dit is onbillike kritiek wat klaarblyklik grotendeels voortvloei uit die skrywers se ontevredenheid met die MVSA se hantering van die Biko-geval. Die skrywers neem geen kennis van die grondwetlike beperkinge wat destyds die MVSA aan bande gelê het en wat spoedig daarna deur gepaste wysiginge aan die vereniging se grondwet reggestel is nie. Daar word ook niks gesê nie oor die talle positiewe dinge wat die MVSA deur die jare heen verwesenlik het in belang van geneeshere, voortgesette opleiding, die geneeskunde en die algemene publiek, of van die MVSA se bande met die buiteland en internasionale organisasies van medici en sy vereenselwiging met belangrike internasionale verklarings waarin menseregte en pasiënte-regte beklemtoon is. Die skrywers swaai die SA Kollege van Geneeskunde lof toe – tereg – maar versuim om te meld dat die MVSA verantwoordelik was vir die totstandkoming van die kollege.

Sekere feite word verstrek oor die "National Medical and Dental Association" (NAMDA), wat in 1982 tot stand gekom het ten gevolge van "discontent with MASA's actions following the death of Mr SB Biko" (15). NAMDA se hoë etiese oogmerke word gestel. Die skrywers lig egter nie hul lesers in dat vooraanstaande lede van dié organisasie hul beywer het vir 'n selektiewe medies-akademiese boikot van Suid-Afrika en isolasie van plaaslike medici nie – en elders (38) spreek die skrywers hulle juis, tereg, sterk teen sulke boikotte uit as

> "a method which subverts the purpose of universities and education – the pursuit of knowledge for the benefit of humanity – for political or other ends".

Hier en daar kom onakkuraathede in die referaat voor. Dit is onjuis om voor te gee (5) dat die HF Verwoerd-Hospitaal net blanke pasiënte behandel. Dit is onjuis dat

'n mediese skema 'n rekening wat ooreenkomstig die voordeleskaal opgestel is, regstreeks aan die geneesheer kan ("may") betaal (12); dit moet inderdaad aldus regstreeks betaal word.

Die skrywers gee te kenne dat slegs aan 'n enkele aanbeveling van die MVSA se *ad hoc*-komitee oor geneeskundige behandeling van aangehoudenes wat in 1983 verslag gelewer het, gevolg gegee is. Dit is onjuis. Met enkele uitsonderings is al die aanbevelings mettertyd in werking gestel, juis vanweë voortgesette druk deur die MVSA.

Die tweede bydrae in hierdie publikasie is 'n bespreking van die tugbevoegdhede van die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad deur Taitz. 'n Groot deel daarvan is kompilatories van aard. Die skrywer lewer egter ook interessante kritiek op bepaalde aspekte van die tugprosedure, veral in die lig van die gemeenregtelike beginsels van natuurlike geregtigheid. Hy stel die interessante vraag of die raad se optrede regsgeldig is gesien die feit dat die president 'n rol speel by sowel die tugkomitee as by voorafgaande voorlopige beoordeling van klagtes wat by die raad ingedien word.

Die meeste geneeshere is ongelukkig oor die feit dat daar net 'n reg van hersiening van verrigtinge van die raad is en nie 'n reg van appèl nie. Anders as talle ander juriste, meen Taitz dat hersiening 'n voldoende regsmiddel is; volgens hom sal die invoer van 'n reg van appèl "teenproduktief" wees. Hy stel die vraag of elke veroordeelde praktisyn nie 'n reg van appèl sou benut nie. Ek deel nie hierdie vrees nie. Die ervaring in Engeland het geleer dat die reg van appèl teen beslissings van die General Medical Council nie misbruik word nie en dieselfde geld die Suid-Afrikaanse Aptekersraad.

Taitz haal 'n klompie voorbeelde aan van strawwe wat die raad en sy tugkomitee opgelê het en maak dan die opmerking (63) dat dit dui op 'n opvallende inkonsekwentheid. Ek betwyfel dit ernstig of die paar gevalle (gerapporteer sonder vermelding van alle tersaaklike feite) waarop sy oordeel berus so 'n veralgemening regverdig. My ervaring oor baie jare heen is dat die raad 'n redelik konsekwente strafbeleid volg, selfs met inagneming daarvan, soos Taitz ook te kenne gee, dat beroepsetiese oordele in 'n mate op subjektiewe aanvoelings berus. Die skrywer lewer 'n oortuigende betoog vir die invoer van 'n boete as strafvorm, wat kan lei tot 'n veel buigsamer benadering. (In 1990 het die wetgewer inderdaad dié stap gedoen.)

McQuoid-Mason se omvattende bydrae handel oor die belangrike onderwerp van die verantwoordelikheid van geneeshere tydens 'n noodtoestand. Hy gee 'n uiteensetting van die belangrikste wetsvoorskrifte en gemeenregtelike beginsels betreffende die regte en verpligtinge van geneeshere en aangehoudenes. Hy verstrek ook heelwat besonderhede wat op empiriese gegewens berus, maar sy behandeling gaan soms mank aan eensydigheid. Dat mishandeling van aangehoudenes by geleentheid wel voorgekom het, staan vas, maar 'n stelling soos die volgende (afkomstig van Amnestie Internasionaal, wat McQuoid-Mason sonder kommentaar aanhaal te 69 vn 5), "the government sanctions its use" – dit wil sê marteling – is eenvoudig onbewysbaar en onaanvaarbaar. Die feit dat strafvervolgings van tyd tot tyd ingestel is teen veiligheidspersoneel wat hul na bewering aan misbruike teenoor aangehoudenes skuldig gemaak het, spreek juis daarteen. Die skrywer haal heelwat aan uit opnames gemaak uit onderhoude met aangehoudenes, en 'n mens kan maar net vra: hoe objektief is dié bron? Hy maak die stelling dat regeringsinstansies die bevindinge van die *Torture report* (van die Kriminologiese Instituut van die Universiteit van Kaapstad) ten sterkste ontken, "but their rebuttals were not convincing" (69–70). McQuoid-Mason voer geen gronde vir laasgenoemde stelling aan nie.

Die skrywer maak die algemene stelling dat Suid-Afrikaanse staatsgeneeshere en distriksgeneeshere

> "have not always acted responsibly as they should in terms of the ethics of the medical profession" (73).

Volg die leser die voetnootverwysing dáár op, berus die aangehaalde stelling op die volgende: getuienis dat ongerymdhede in die Filippyne onder Marcos plaasgevind het, en 'n bewering in die Kaapse ondersoek ná onderhoude met voormalige aangehoudenes waarvolgens drie persent beweer het dat daar "drug administration" geskied het (die Kaapse ondersoek meld nie deur wie en in welke omstandighede nie).

Dat McQuoid-Mason sy mes in het vir gevangenisgeneeshere en distriksgeneeshere blyk ook telkemale elders uit sy referaat. By beweringe van pligsversuim deur ampsdraers is dit altyd goed om in gedagte te hou dat elke saak twee kante het. McQuoid-Mason rugsteun sy standpunte in 'n groot mate op die getuienis en verslae van mense en instansies wat klaarblyklik sterk teen die heersende bewind gekant was. Hy gee nie blyke daarvan dat hy eerstehandse inligting van distriksgeneeshere self ingewin het nie. (Hy haal egter volledig aan uit 'n verklaring afgelê deur dokter Orr, 'n voormalige distriksgeneesheer.)

Ek het oor baie jare en by baie geleenthede gesprekke gevoer met distriksgeneeshere wat omsien na die geneeskundige behandeling van aangehoudenes en van hul fasiliteite besigtig. Byna deur die bank het hulle 'n groot verantwoordelikheidsbesef en 'n strewe na optimale versorging van die betrokkenes geopenbaar, wat soms in moeilike omstandighede plaasvind en gedurende tye van intense binnelandse onrus. Hierdie geneeshere vertel egter ook van die groot probleme wat hulle ervaar weens onmoontlike eise wat aangehoudenes soms aan hulle stel, en van optredes van aangehoudenes deur politieke oogmerke aangevuur wat soms daarop ingestel is om die gesagstruktuur – en instansies wat deur hulle, die aangehoudenes, daarmee vereenselwig word – te treiter en in diskrediet te bring.

Dat daar egter goed gedokumenteerde gevalle van pligsversuim is, staan vas en die skrywer verwys daarna. Die bekendste geval is sekerlik dié van Biko.

Die skrywer onderstreep tereg die belangrikheid daarvan dat geneeshere wat na die mediese behoeftes van aangehoudenes omsien, nie die belange van die staat hoër mag stel as dié van die aangehoude pasiënt nie en dat die vertroulikheidsplig ook hier bestaan, behalwe vir sover daar regverdiging vir mededeling aan 'n derde in die belang van die pasiënt self is.

McQuoid-Mason is sterk gekant teen aanhouding sonder verhoor en die aanhouding van kinders, en kritiseer onder meer die MVSA skerp omdat dié liggaam hom nie onomwonde daarteen uitgespreek het nie.* Ongetwyfeld sal alle regdenkende Suid-Afrikaners dit verwelkom as die binnelandse toestand so sou verbeter dat hierdie vorme van aanhouding heeltemal oorbodig word. Maar 'n mens durf jou oë nie vir realiteite sluit en vanuit 'n ivoortoring uitsprake maak nie. Suid-Afrika is nie die enigste land waarin preventiewe aanhouding regtens moontlik is en aangewend word nie. Dit is ook nie die enigste land waarin die noodsaak by geleentheid ontstaan het om jeugdiges tydelik aan te hou nie. Gedurende die tydperke van groot onrus in die tagtigerjare was dit telkemale groepe jeugdiges wat op die voorpunt gestaan het van enorme, sinnelose saakbeskadiging en barbaarse geweld, dikwels gerig teen hul eie mense. Die optrede van die owerhede om wet en orde te herstel en volskaalse anargie te verhoed, was ten volle geregverdig, hoe onaangenaam die gevolge ook al vir sommige individue was.

Dat die MVSA deeglik daarop bedag was om geneeshere bewus te maak van hul verantwoordelikhede betreffende behandeling van aangehoudenes, in besonder van kinders, blyk uit die ondersoeke wat die MVSA geloods het en verklarings wat van

---

* Later, in Junie 1989, het MVSA aanhouding sonder verhoor op mediese gronde afgekeur en hom ook uitgespreek teen die aanhouding van kinders.

tyd tot tyd deur hom uitgereik is. Om die MVSA te verdoem oor die wyse waarop dit opgetree het ná die Biko-insident, is om – soos hierbo gesê – die destydse grondwetlike samestelling en magte van die vereniging oor die hoof te sien.

'n Uitstaande bydrae in hierdie boek is die artikel van Giesen oor die beweging van "paternalisme tot selfbeskikking tot gedeelde besluitneming" in die geneeskundige reg. Giesen (van Berlyn) is vandag een van die wêreld se voorste regsvergelykende deskundiges op die gebied van geneeskundige reg. Hy wys daarop hoedat die ouer gedagte van die vaderlike geneesheer mettertyd plek gemaak het vir die erkenning van byna outonome beskikkingsbevoegdheid van die pasiënt in 'n aantal lande. Die tradisionele uitgangspunt van mediese etiek is *salus aegroti* tot die uitsluiting, dikwels, van *voluntas aegroti*. In verskeie lande val die klem van die positiewe reg egter vandag op die wil van die pasiënt.

Ofskoon daar in die moderne regspraak – byvoorbeeld die toonaangewende Engelse gewysde van *Sidaway* (1985) – nog soms sprake is van die gedagte dat "die geneesheer weet wat die beste is", is die *communis opinio* in verskeie jurisdiksies vandag dat dit die pasiënt is wie se wil deurslaggewend is. Hierdie gedagtegang vind veral inslag by praktiese erkenning van die leerstuk van ingeligte toestemming. Soos die skrywer daarop wys, is die maatstaf vir die mate waarin die pasiënt ingelig moet word vir doeleindes van 'n regsgeldige toestemming in lande soos die VSA, Kanada en Duitsland deesdae 'n pasiënt-gebaseerde. In eersgenoemde twee lande is dit nog dié van die redelike pasiënt. Duitsland (en Switserland) daarenteen staan op die standpunt van die besondere pasiënt. Engeland en Suid-Afrika huldig egter nog die maatstaf dat die inligtingsplig beoordeel moet word aan die hand van die redelike geneesheer se siening.

'n Mens kan aanneem dat die druk in laasgenoemde twee regstelsels om oor te gaan tot 'n pasiënt-georiënteerde maatstaf, sal toeneem. 'n Mens moet egter beklemtoon dat hoe meer pasiënt-gerig en hoe meer subjektief die maatstaf word, hoe meer arbitrêr gaan dit word. Of dit werklik 'n praktiese benadering is, is vir my 'n vraag. Dit is betreklik maklik vir 'n klompie artse om tot 'n konsensus te kom oor wat die pasiënt alles vertel moet word in verband met 'n delikate prosedure soos 'n voorgestelde laminektomie; maar om vas te stel wat die denkbeeldige "redelike pasiënt" alles vooraf sal wil weet, kan moontlik net teoreties benader word.

In sy opstel in die bundel, lewer Snyman 'n kritiese bydrae tot die regsproblematiek rondom die verklaring van iemand tot "Staatspresidentspasiënt" (SPP) ingevolge hoofstuk 13 van die Strafproseswet 1977. Hy maak bepaalde interessante voorstelle wat ernstige oorweging verdien: (a) In gepaste gevalle behoort 'n ondersoek na die verhoorbaarheid van 'n beskuldigde uitgestel te word tot ná die vervolgingsaak gesluit is. (b) Indien die beskuldigde se onverhoorbaarheid of ontoerekenbaarheid voortspruit uit 'n fisiese of organiese gebrek, behoort hy ontslaan te word. (c) Alvorens 'n beskuldigde tot SPP verklaar word op grond van ontbrekende toerekenbaarheid ten tyde van die daad, moet daar aangetoon word dat op die tydstip dat sodanige verklaring oorweeg word, hy steeds ontoerekenbaar is vanweë geestesongesteldheid of -gebrek. (d) Daar moet voorsiening gemaak word in die Wet op Geestesgesondheid 1973 dat 'n SPP die geleentheid gebied word om regstreeks by 'n regter aansoek te doen om sy ontslag.

McCall Smith (van Edinburgh) se bydrae oor etiese kwessies betreffende gedragswysiging van oortreders, is besonder interessant. In besonder skenk hy aandag aan die geoorloofdheid van onvrywillige gedragswysigende terapie wat aangewend word by oortreders wat nie geestesongesteld is nie. Sy slotsom is dat daar nie onoorkomelike filosofiese besware teen sodanige behandeling is nie. Drie omstandighede moet aanwesig wees: (a) die oortreder moet 'n misdryf gepleeg het waarvoor die normale straf langtermyngevangenisstraf is; (b) die oortreder moet iemand wees wat 'n wesenlike bedreiging vir die samelewing inhou; en (c) die oortreder se gedrag in

die verlede moet te kenne gee dat hy dit moeilik of onmoontlik vind om nie antisosiale handelinge of fisiese geweld teenoor ander te pleeg nie. Die skrywer meen dat die betoog dat sodanige behandeling die oortreder se selfbeskikkingsbevoegdheid sou aantas, nie oordryf moet word nie: gedragswysiging kan, inteendeel, moontlik sy toekomstige selfbeskikkingsvermoë verbeter.

Deutsch (van Göttingen), ook 'n internasionaal hoog aangeskrewe kenner van die geneeskundige reg, lewer 'n insiggewende bydrae oor die werksaamhede van etiese komitees, dit wil sê komitees saamgestel om biomediese eksperimentering, uitgevoer op mense, te beoordeel en onbehoorlike praktyke te probeer verhinder. Hy doen onder meer aan die hand dat die gevestigde beginsels van kwasieregterlike liggame gevolg moet word.

Lupton, 'n Suid-Afrikaanse juris wat al veel geskryf het oor die regsproblematiek rondom kunsmatige bevrugting, lewer 'n bydrae oor die regstatus van die embrio. Hy begeef hom onder meer op die hoogs omstrede gebied van wat die beginpunt van die menslike lewe is en is 'n voorstander van die maatstaf van "breingeboorte", wat vasstelbaar is by wyse van elektriese breingolwe van die neokorteks (oftewel nuwe-skors). Dié is waarneembaar tussen die twee en twintigste en vier en twintigste week van swangerskap. Om aan die veilige kant te fouteer, stel die skrywer die twintigste week van die lewensduur van die vrug as maatstaf voor; hy bespreek dan die regsimplikasies van sy voorstel.

Burchell se referaat oor eksperimentering met mense, met beklemtoning van die beskerming van menswaardigheid, knoop netjies aan by Deutsch se bydrae. Hy toon aan hoe mediese navorsing etiek, reg en grondliggende menseregte-oorwegings aanroer. Verantwoordelikheid, sê hy, moet onderling gedeel word tussen die verskillende belangegroepe. Die wetenskap van geneeskunde moet vooruitgaan maar die voordele wat eksperimentering vir die wetenskap inhou, moet steeds sorgvuldig opgeweeg word teen die gevare wat dit vir sowel die proefpersoon as die gemeenskap inhou.

SA STRAUSS
Universiteit van Suid-Afrika

DE CRIMINIBUS
by ANTONIUS MATTHAEUS
(Pages 1–139 of the original Latin text translated by Margaret Hewett and Ben Stoop)
Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1987; xxi, N and 139 pp
Price R64,00 +GST (hard cover)

The translation of Matthaeus's *De criminibus* was undertaken at the request of the South African Law Commission, whose objective is amongst other things, to make the common-law authorities more readily accessible. The translation and accompanying research was done under the aegis of the Unit for Legal Historical Research attached to the Department of Legal History, Comparative Law and Legal Philosophy at the University of South Africa and was made possible by a grant from the Human Sciences Research Council. The publication in large size and full luxury binding was made possible by a grant from the Standard Bank Group. In accordance with the policy of the above-mentioned unit, various parts of the text were assigned

to academic and practising jurists, whose drafts were revised and standardised by the editor. Contributors to the first part are Professors RKHW Dannenbring, WJ Hosten, JAAA Stoop, CJ Nagel, BC Stoop, Mrs ML Hewett, Messrs DJ Pienaar, P Marè and Dr JG Bergenthuin, while the advice and interest of Professors Mr R Feenstra and E Schutrümpf are gratefully acknowledged by the editors.

The contents of the present volume are: *prolegomena* (1–44), theft (45–82), robbery (83–92), damage unlawfully inflicted (93–106) and *iniuria* (107–139), prefaced by a table of abbreviations, a bibliography of sources cited, as well as a bibliography of classical authors cited, biographical notes, dedicatory epistle and several poems.

In her biographical notes Mrs Hewett sketches the family and career of Matthaeus II, who was

> "highly esteemed by his contemporaries and was the object of somewhat rapturous praise 'the Oracle of Jurisprudence, the Light of the University, an astute commentator on the Law' " (xviii).

That this praise was richly deserved, is adequately shown by the work under discussion.

De criminibus introduced an important methodological innovation in that the work starts with *prolegomena*, a general introduction, the predecessor of general principles. The work of Matthaeus II had an impact and was widely distributed in Western Europe during the 17th and 18th centuries. This is clearly proved by the fact that Matthaeus was often cited, as well as by the repeated reprints of *De criminibus* (since the first edition of 1644).

The fifth and final edition of 1761 was used for the present translation. Nevertheless, Matthaeus was more than just a methodological innovator. He is known as the only criminalist of his day who was opposed to judicial torture. This was only one facet of the humanitarianism which pervades his work and results in a principled stand in favour of the accused. In this respect Matthaeus must be mentioned in the same breath as Beccaria and Voltaire. It is, however, ironic that the late 18th century enlightened Dutch criminalists did not follow Matthaeus, but the foreign trendsetters, Beccaria and Voltaire.

His progressive humanitarianism makes Matthaeus's work worthy of translation and the subsequent rescue from obscurity. Von Ihering is to have used the figure of speech that private law represents the skeleton of a society, but criminal law the face. The criminal law of the 17th century shows us the – according to contemporary standards – unacceptable face of that society and the words of Schorer vividly express the feelings about criminal law and criminal procedure:

> "Ik beef die rampspoedige modderpoel van ongeregtigheid te roeren! dewijl al in den aanbeginne een natuur verkragtend wangedrogt, ten verderve by wylen van onschuldige, in de hel uitgebroeid, en door een eerloos Tyran. . . uit dien heillozen zwavelkolk opgebaggert, zig aan my opdoet: ik meen een vervloekte Tortuur of Pynbank" (*Vertoog over de ongerymdheid van het samenstel onzer hedendaagsche regtsgeleerdheid en praktyk* 95).

The biographical notes do refer to the fact that Matthaeus "was pioneering" in the *prolegomena* and "far in advance of his age" in regard to the questions of torture and punishment, but offer no explanation for either innovation or deviation. In the context of his style of writing, "a pleasing Latin, lucid and elegant" (xxi) and "he quotes happily from a broad spectrum of Classical writers both Greek (especially the philosophers) and Latin" (xxi), a reference to the "Elegant School" is made, while the preface explicitly states that

> "Matthaeus was a member of the 'Elegant School', an offshoot of the French Humanist school and his work abounds with references to Greek and Roman Classics" (v).

However, categorising Matthaeus in this school hardly provides an explanation for the above-mentioned pioneering. Moreover, the name "Elegant or Antiquarian School" is a misnomer, a relic of the misinterpretation of humanism, which places

the accent on the style of writing and/or a very limited aspect of the field of study of the humanists. The humanism of Matthaeus provides the answer to the outstanding aspects of his work. As a humanist Matthaeus saw Roman Law in the correct historical perspective and thus realised the necessity of the study of the national local law (cf *On theft* ch III "Concerning custom. On Title XXXIX of the Statutes of Utrecht" (65–76); *On things seized by force* ch III "Concerning local law. On S IV of Rubric XLII of the Statute" (89–92); *On damage unlawfully inflicted* ch III "Concerning local law. On Rubric XXXII of the Statute" (100–107); *On iniuriae* ch IV "Concerning local law. On Rubric XLVI of the Statute" (136–139)).

It is Matthaeus the humanist who commences with the *prolegomena.* The humanists introduced systematising in legal science. A system facilitates the study of law, accentuates the logic and explains the structure (cf *The prolegomena* ch I "What is a crime?" (1–14); ch II "Who can commit crimes?" (14–26); ch III "Against whom crimes can be committed" (26–33); ch IV "On the classification of crimes" (33–45)).

The editors do state that "his work abounds with references to Greek and Roman Classics". However, this aspect of humanism is seldom seen in the correct perspective. The opening of new classical sources undermined the absolute authority which the legal texts had enjoyed. The study of the classics is not the goal, but the means of humanism. The most important characteristic of humanism is without doubt found in the importance it placed on individualism.

Individualism stresses the notion that man must decide for himself. Perusal of the work of Matthaeus confirms this. By throwing his net wide, the humanist managed to collect a broad spectrum of opinions; in other words, to avoid an unassailable authority. From this spectrum he chose on the basis of commonsense or *naturalis ratio.* Far from being a slavish follower of the classics and an imitator of classical antiquity, the humanist, *in casu* Matthaeus, cleared the way for modern man and modern legal science. Matthaeus's work abounds with refreshing signs of a critical individualism:

> "Puto, respondeo, arbitror, ne probare possum, existimo, haec distinctio mihi non probatur, velim, adscribo, quid mihi videatur aperiam, respondere malo, non video, verum hanc rationem nunquam probare potui, meo vero judicio, ego non dubito, non puto" [in other words "I am of the opinion etc"]; "Ex interpretibus juris, ne unum quidem vidi, qui glaciem istam probe perfregerit" (27); "Malo fateri quod res est; nempe, non posse hic summi viri errorem dissimulari" (29); "nemo recta ratione praeditus propterea disputet" (35); "Magno profecto legum principumque ludibrio" (36); "Non est quod hic ad glossographos aspiciamus, ita enim fluctuant, itaque male cohaerentia scribunt, prorsus ut difficultatem non tollant, sed in tenebris andabatarum more pugnare videantur" (46); "ineptiitque adeo Accursius in eo loco explicando" (48); "In re enim tanti momenti, non auctores numerare, sed rationes atque argumenta ponderare decet" (63); "adduximus enim, non tam ad confirmandam sententiam nostram quae rationibus satis gravibus atque solidis subnixa est, quam ad demonstrandum, non deesse nobis idoneos auctores" (65); "Nam & sancta est apud nos juris Romani auctoritas; nec tamen ita id suspicimus, quin fateamur, potuisse etiam statutis aliarum gentium de quibusdeam rebus rectius caveri" (67); "Nec movet Quintiliani auctoritas" (74); "Qua interpretatione nihil ineptius est, nihil absurdius, eique prorsus reclamant verba constitutionis: nec uspiam in jure ista oratio: In id quid pervenit: de parte heredetaria accipitur. Sed in eo vitio is auctor deprehenditur saepissime, non tam defectu quodam ingenii, quam, ut ego interpretor, quadam ambitione animi. Cum enim videret, scripturum se post multos excellentes interpretes, quos seculum superius tulit, ut illis aut major, aut certe no inferior haberetur, multa innovare instituit: sed pretium temeritatis hoc consecutus est, ut jam coco comico comparetur, qui aiebat se intro iturum, ut quod alius condiverat cocus, vicissim alio pacto condiret" (78); "Haec distinctio adeo mihi non probatur, ut etiam principiis & certissimis juris fundamentis repugnare videatur" (92); "Enimvero hujus argumenti quis non videt nullam esse vim?" (116); "Turpis enim haec captio videtur" (117); "Absurda profecto ratio, ac vix mediocribus JCtis digna" (122); "quis enim credat, quid Pythagorei senserint rectius calluisse Bodinum, quam Aristotelem? aut Decemvirorum mentem Caecilium quidem latuisse, non latuisse Bodinum, qui post Caecilium mille trecentis circiter

annis vixit? Solet poliistor ille in reprehendendis veteribus nimis facilis esse: atque in hac quoque parte affectui magis quam ingenio indulsisse videtur" (127); "Verum haec omnio perversa est illatio" (130); "Verum & haec actio ab interpretibus conficta est, cum non caperent verba constitutionis ista", "Ad glossographos frustra aspexeris; garriunt enim nugas magnas, totoque coelo aberrant a mente Jureconsultorum Pauli atque Ulpiani" (134); "quod falsissimum est, ac ne litera quidem extat. in ea 1. ex qua id colligi possit" (135).

These citations illustrate the critical individualism of Matthaeus to perfection. Another point which they are meant to illustrate is that in spite of the available translation, the real authority of Matthaeus's work is found in the original (Latin) text and that a translation, even an extremely competent one, can never take the place of the original.

I do not pretend to have compared the original *in toto* against the English translation, but whenever this was done the translation proved excellent. There seems to be some confusion among the translators in respect of *Ordinum nostrorum*, "our State" (68), "the Staten" (71), and "our staten" (72).

The book is an asset to any bookshelf. Technical mistakes are minimal, the one on 121 being the most obvious. The Unit for Legal Historical Research at the University of South Africa must be congratulated with the result of this endeavour, not in the least with the fact that they managed to find a generous sponsor for this publication in the Standard Bank Group. It is hoped that a precedent has been set.

Ph J THOMAS
University of Pretoria

LAW UNDER STRESS — SOUTH AFRICAN LAW IN THE 1980s

Editorial Board TW BENNETT *et al*

Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1988; 258 pp

Price R95 + GST (hard cover)

Law under stress — South African law in the 1980s was first published as the 1987 issue of *Acta Juridica*. There are nine contributions in all, dealing with various aspects of South African law and with the effect that government policy has had on these spheres of our law. It was perhaps inevitable that there should be a certain degree of overlapping between the various essays; however, the scope of the analysis is such that each of the contributors has been able to present a different perspective. It is in the field of public law in particular that race and colour issues feature most prominently; it comes as no surprise, therefore, that the main focus of the work is on this branch of the law.

The first essay, by Davenport, "Unrest, reform and the challenges to law 1976–1986" is written from a historian's perspective and as such provides an excellent introduction to the more specifically jurisprudential discussions which follow it.

Milton's "Criminal law in South Africa 1976–1986" is not an overview of the

general development of our criminal law during this period, but an analysis of the effect of apartheid policies on criminal law and procedure. Special emphasis is, as is to be expected, placed on infractions of the principle of due process. The author points to the irony of "reforms" in criminal jurisprudence as manifested in non-political cases such as *De Blom* and *Chretien* on the one hand and the swing away from the "due process" approach to the "crime control" approach in cases with political overtones.

In his analysis of constitutional developments in South Africa from 1976 to 1986, Boulle comments on the extension of indirect rule in the homelands, in the system of local government and in the newly-created regional services councils. He stresses the growth of the bureaucracy, the abdication of power by parliament, resulting in the conferment of wide legislative powers on the State President in particular, and the phenomenon of ever wider powers of delegation and redelegation. Among the issues he raises are the growing importance of informal developments such as the UDF and the trade unions and of the national security-management system, which he describes as a "shadow bureaucracy of which the formal constitution takes no account" (76) and in respect of which, he warns, virtually no control mechanisms exist. A most valuable part of this contribution is the discussion of certain aspects of constitutional doctrine such as constitutionalism, parliamentary sovereignty, separation of powers, responsible government and the rule of law and the status of these doctrines in present-day South African law. He emphasises that the rule of law, which he defines as having a legality aspect as well as a basic-rights aspect, has certain specific normative implications for the relationship between the state and its subjects and the role of the ordinary courts (85) and shows that both the procedural and the substantive aspects have been impinged upon by South African statutory law. Here, as elsewhere in this volume, the role of the courts features prominently. It is pointed out that they, too, have been infected by the malaise of the apartheid system, but the author nevertheless praises what he sees as forward-looking judgments such as the *KwaZulu* case and the "Administration Board" decisions relating to the residential rights of urban Blacks.

In the discussion of the development of labour law during the period under review, Roos describes the birth of a new legal discipline. The issue has crystallised mainly into the question whether labour law is still in essence based on the principles of the law of contract or is dominated by public law, since the relationship between labour and management is one which is based on status and is governed to a major extent by the rules of administrative law. The concepts of procedural and substantive fairness are of particular interest in this field, and the author praises the way in which the South African courts have succeeded in giving content to these essentially inexact concepts.

In their contribution, Burdzik and Van Wyk provide a detailed examination of those legislative measures adopted from 1976 to 1986 which have had the effect of either entrenching or dismantling apartheid. Among the statutes which receive attention are those aimed at greater participation by Blacks in local government, the Identification Act 72 of 1986, the Restoration of South African Citizenship Act 73 of 1986 (as regards which it is pointed out that by no means all those who forfeited their South African citizenship when the TBVC countries became independent will regain it) and the legislation substituting "orderly urbanisation" for influx control. As regards influx control it is shown that although freedom of movement has in principle been restored to all, a number of forms of indirect influx control remain: the system of land tenure, housing laws, the Group Areas Act, laws relating to slums, squatting, forced removals, public amenities and education. The authors conclude that, although there has been a substantial repeal of apartheid legislation, the "real Rubicon as regards statutory apartheid still has to be crossed" (164).

The essay by Devine on the international tensions arising from the South African situation focuses only on South Africa and does not touch on the problem of South-West Africa/Namibia at all — a topic which would have required an entire volume all to itself. A major source of international tension is the conflict which exists between South African law and international law. The South African government and a number of South African authorities on international law have a narrow, somewhat legalistic approach to the topic. Among the factors which the author sees as causes of tension are: the issue of statehood and constitutional emancipation of the TBVC countries, whose independence is not recognised by the international community; self-determination and the status of humanitarian law in South Africa, which are major bones of contention; government policy and the consequences of that policy (emergency measures, detention without trial, etc); citizenship issues and the potential statelessness of TBVC citizens. Various incidents such as the Klaas de Jonge affair, the case of the Coventry four, the six refugees in the British Consulate, pre-emptive strikes against alleged ANC bases in neighbouring states, hot pursuit activities, non-aggression pacts such as the Nkomati Accord, sanctions imposed both by and against South Africa and the question whether the conflict in the country is an international conflict, all receive attention.

In his contribution titled "Security and integrity", Mureinik touches on issues dealt with by some of the other authors as well, but from an entirely individual perspective, namely Dworkin's concept of integrity and the response of the South African courts to the challenge this poses. He views integrity first of all in its original sense of wholeness or coherence, seeing the judge's task as

> "to hold the community to its principles, and, especially, to its fundamental principles" (201).

Integrity is taken also in its derivative sense of sincerity or honesty. Criticism is levelled against the gulf between what is professed and what is actually done in South Africa; the judiciary itself does not escape this criticism, since there is often a discrepancy between the approach in "politically sensitive" and other cases. Perhaps the most interesting aspect of this essay is the discussion of the problems surrounding proof of *mala fides* and ulterior purpose. In theory these may always be proved, but in practice proof is virtually impossible, thus stultifying the entire process of review. The author refers with approval to the simple criterion laid down by Marais J in *Dempsey v Minister of Law and Order* 1986 4 SA 530 (C) — the duty to consider, which he sees as most useful in all those awkward cases where the statute contains phrases such as "reason to believe", "believes", "is satisfied", and so on. If the standard response is employed, judicial review is pointless, but if the duty to consider is taken seriously, the scope of the jurisdictional facts is broadened since it will have to be shown that due consideration has been given to the matter in hand even in those cases where a wide discretion has been conferred. Particular attention is also given to the judgment of Trengove JA in *Kabinet van die Tussentydse Regering vir Suidwes-Afrika v Katofa* 1987 1 SA 695 (A). At first glance the judgment would appear to contain nothing earth-shattering, but on closer examination it may be seen as a real attempt to give content to the duty to consider. The judge required evidence that the authority enjoyed a proper appreciation of the extent of the power conferred on it; in other words, he was not content to accept the authority's *ipse dixit* in order to discharge the onus resting on it. The author views this as vital to the question of reasonableness since the judge's criterion cannot, in his opinion, be employed without some recourse to reasonableness. Finally, Mureinik expresses the view that special attention should be devoted to the matter of integrity in the sphere of delegated legislation.

In "Post-apartheid South Africa — what future for a legal system?" Davis focuses on the implications of the overthrow of apartheid and the future of the law under what may well be a socialist system of government. He highlights the potential

conflict between the doctrine of civil liberties and the socialist ideal, and stresses the lack of faith in liberal democracy among socialists, pointing to the unequal distribution of wealth as a major obstacle. The fear is expressed that there will be no real improvement in the status of law and rights in a post-apartheid South Africa, and the author states that it is

> "essential that a rights-orientated political argument is founded upon the recognized and accepted political tradition of opposition to the state" (236).

The solution to the problem is seen in the Freedom Charter as the basis of a political-economic framework. Unfortunately the Charter's real weaknesses are not addressed at all, and the author does not show how the adoption of the Charter will achieve the ideal expressed by him.

By contrast, Dugard ("The quest for a liberal democracy in South Africa") comes out unashamedly in favour of liberal democracy and the values it represents. He attempts to provide a solution which he spells out in some detail. First of all, he discusses the pros and cons of federations and unitary states. He concedes that the UDF and similar organisations are very strongly opposed to federalism, but expresses himself in favour of a federation (not a confederation) and disposes of some of the more popular objections to this form of government. (The objection that federations are generally very costly is, however, not touched on.) He proposes that the system of government to be adopted be negotiated at a national convention at which all main political groupings, including the ANC, are represented. He warns that the two most powerful emotional strains to emerge at the convention will be hostility to any form of ethnicity and fear of racial domination in a unitary state. Federalism therefore cannot be used as a means of smuggling in ethnicity. Among the suggestions put forward are that the provinces be retained in their present form except for the creation of one new province, Witwatersrand; that the federal state should have a single capital city (Johannesburg); that the old provincial system should serve as a guide when dividing powers between the central government and the federal governments, but that the police force be decentralised; that a bicameral legislature and a system of proportional representation be instituted; that there should be a parliamentary executive responsible to the lower house rather than an executive president not responsible to the legislature; that the principle of proportionality be extended to the composition of the cabinet; and that there should be a constitutionally entrenched bill of rights. Various objections to the incorporation of a bill of rights are dealt with, in particular those emanating from the political left. Dugard emphasises that no bill of rights which is perceived as entrenching ethnicity in the guise of group rights or entrenching white privilege can hope to gain acceptance among the black population. He acknowledges that there will be a need for affirmative action in a number of fields, and recognises that an all-white judiciary as the body which is to monitor the bill of rights could prove a serious obstacle to acceptance. Realistically, he admits:

> "It is unlikely that any constitution will usher in the millenium for South Africa" (256).

Provision will have to be made for emergency measures, but these should be in accord with international standards. In conclusion, he sees one of the major tasks facing a post-apartheid South Africa as the restoration of respect for the law and its institutions, and the creation of new institutions which will guard against the re-emergence of authoritarianism if the goal of a just society is to be achieved.

Like all its predecessors, the 1987 issue of *Acta Juridica* renders a most valuable service to South African jurisprudence. Those concerned with constitutional matters

will find this volume of particular interest. My only criticism is that the proof-reading could have been done more meticulously. The Law Faculty of the University of Cape Town is once again to be congratulated with this work.

GRETCHEN CARPENTER
University of South Africa

SESSIE *IN SECURITATEM DEBITI – QUO VADIS*?
Redaktrise SUSAN SCOTT
Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1989; 196 bl
Prys R20,00 + AVB (sagteband)

Hierdie bundel bevat referate gelewer op 'n seminaar aangebied deur die Departement Privaatreg van Unisa te Pretoria op 29 Oktober 1988, asook die paneelbespreking by hierdie geleentheid. Afgesien van Werkstuk 23 van die Suid-Afrikaanse Regskommissie ten opsigte van Projek 46 ("Sekerheidstelling deur middel van roerende goed"), word 'n aantal reeds gepubliseerde artikels uit die pen van die redaktrise as agtergrondmateriaal aangebied ("Sessie en *factoring* in die Suid-Afrikaanse reg" 1987 *De Jure* 15–40, "Verpanding van vorderingsregte: uiteindelik sekerheid?" 1987 *THRHR* 175–194, en "Algehele sekerheidsessies" 1988 *THRHR* 434–453; 1989 *THRHR* 45–53).

Die titel van die werk is enigsins misleidend. Afgesien van besinning oor die konstruksie en regsgevolge van die sekerheidsessie in ons reg, bevat die versamelde referate bydraes van 'n hoë vlak oor aspekte van die sessieleer. Van die aangeleenthede wat gedek word, is die volgende:

* Die lewering van die dokument waarin die reg beliggaam is (sien Oelofse 104–118, Scott 6–12, Usher 102).
* Die rol van kennisgewing aan die skuldenaar (Scott 13–14, Usher 102, Streicher 155).
* Die sessie van toekomstige regte (Streicher 136–155, Scott 14–19, Wunsh 122–124 131–132).
* Die regsposisie aangaande *pacta de non cedendo* (Scott 19–26, Usher 99).
* Die regsaard van faktorering (Scott 1–28).

en nog vele meer.

Van besondere waarde is die bydraes wat die aangeleentheid vanuit die praktyksoogpunt bekyk. Wunsh behandel die aanwending van sessie in die belastingpraktyk uitvoerig (119–35), Luttig bespreek relevante oorwegings by die opstel van sessieaktes in die lig van *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 1 SA 1 (A) (156–166) terwyl Usher die problematiek rondom sessie vanuit die oogpunt van diegene betrokke by die kredietwese benader (97–103).

Die oorheersende indruk is dat sessie 'n gebied is waarop teoretiese beginsels van groot praktiese waarde is en op gesofistikeerde wyse deur praktisyns aangewend word. Terselfdertyd is dit duidelik dat daar oor verskeie sleutelaangeleenthede nog nie finale uitsluitsel gegee kan word nie. Veral problematies is die aanwending van vorderingsregte as sekuriteit deur middel van sessie. Die meerderheid van die medewerkers

tot die bundel spreek hulself ten gunste van die pandkonstruksie uit (Scott 33–44 54, Usher 101, Wunsh 119, Streicher 140–147 155), maar verskille bestaan oor die vraag of die algehele sekerheidsoordrag naas verpanding erkenning behoort te geniet. Scott (32 51 54) meen dat partye 'n keuse in hierdie verband behoort te hê; hierdie standpunt word egter deur Streicher bestry (144 147). Gekant teen die "lawwe" pandkonstruksie is regter PM Nienaber (175) wat in sy referaat poog om die sekerheidsoordrag op 'n bevredigende grondslag te plaas. Die voorstel is dat die regsoordrag voorwaardelik gekwalifiseer moet word sodat die sekerheidsvoorwerp eers na die sekerheidsnemer oorgaan indien en wanneer die sekerheidsgewer teenoor eersgenoemde wanbetaal (173). Die bespreking stel dit duidelik dat aanvullende wetgewing nodig sal wees alvorens so 'n konstruksie as sekerheidsmeganisme bevredigend sal kan werk (173–174). Ook die voorstanders van die verpandingsmeganisme is ten gunste van wetgewing om onsekerhede rondom die sekerheidsessie op te klaar. Die referate en bespreking bevat ongelukkig nie 'n pertinente evaluering van die tentatiewe aanbevelings van die Suid-Afrikaanse Regskommissie in hierdie verband nie (sien 88).

Ten spyte daarvan dat, soos vermeld, van die materiaal reeds vantevore gepubliseer is, en dat sommige referate sedertdien elders verskyn het (sien Nienaber 1989 *THRHR* 244; Oelofse 1990 *THRHR* 61), is hierdie bundel 'n gerieflike versameling van waardevolle bydraes oor die sessieleer. As sodanig kan dit sterk aanbeveel word by diegene wat in hierdie gebied belangstel.

GF LUBBE
Universiteit van Stellenbosch

RACE AND THE LAW IN SOUTH AFRICA
Editor AJ RYCROFT
Juta Cape Town Wetton Johannesburg 1987; xx and 272 pp
Price R29,95 + GST (soft cover)

Race and the law in South Africa is a compilation of eighteen essays written by staff members of the School of Law, University of Natal to mark its sixtieth anniversary. This particular theme was chosen, first of all, because it was felt that an up-to-date book on this area of the law was required, and secondly, because a resource book was needed for LLB students who have, since 1985, been obliged to take a course called "Race Legislation".

These two factors are pertinent. In the first place, the publication of such a work must be welcomed. This is an area of the law which embraces so many aspects affecting the lives of the majority of the citizens of this country that not enough can be written on the subject. Not even the recent trend to publish on this subject covers all the aspects (see eg *Urban Black law* (1985) 1984 *Acta Juridica*; *Law under Stress* (1988) 1987 *Acta Juridica*; Corder (ed) *Essays on law and social practice in South Africa* (1988)). This book therefore succeeds in bridging that inevitable gap in the literature by indicating the impact of race on the different areas of the law.

In the second place it must be remembered that this work was compiled primarily for students. For this reason the style in which the book is written is that of a more

popular work. While some of the contributions are comprehensive, the general approach is more in the nature of an overview. A number of the contributions are somewhat sketchy and the notes to the text are often not exhaustive. Given the purpose for which the book was published, this is acceptable. What is less acceptable, is the emotive language which occurs throughout the work. Granted, the issue is an emotive one, but facts speak for themselves and a work which purports to be a scholarly one should not include categorical statements and phrases such as

> "a poignant illustration of the human tragedy brought about by the provisions of the Population Registration Act" (8); "In a paradoxical and tragic way ethnic fragmentation may indeed be only a stage in the circuitous process of economic and political re-integration into the body politic of a greater South Africa . . . " (38); "The most spirited and activist stance of the senior Natal judiciary coincided with the era prior to responsible government and before there had emerged a suffocating accumulation of statutory racial laws" (64); "The apartheid state has been largely constructed, maintained and protected through the coercion of the criminal justice system" (80).

As far as the contents are concerned, this publication is divided into six parts. Each part contains between one and four contributions on that particular theme. It is not possible to refer to each of the contributions individually and only those which for some reason stand out will be given attention.

In Part A, "Race and state policy", the contributions cover race classification, the franchise, the administrative and political control of rural blacks and state policy, agriculture and environmental values. It is a pity that the editors decided to omit a planned chapter on the administrative control of urban Blacks. The reason for this, as stated in the preface (vii) was mainly the uncertainty as to policy. Although policy considerations are relevant, this should not preclude an exposition of the legal position. It is particularly in this area of the law that a great deal of uncertainty exists and frequent changes occur. Where this aspect is referred to in other contributions, it is unsatisfactory because it is fragmented and incomplete.

Part B concerns "Race and the administration of justice". The first contribution deals with race and the courts in the colonial and modern eras, and more specifically the role which race plays in the decisions of particularly the Natal Supreme Court and the Appellate Division. The contribution is concisely presented, but this contentious issue could have been further supported by reference to the doctoral thesis of Van Blerk (*Criticism of the courts: an historical examination* (LLD thesis Unisa 1986)). The two other contributions deal with criminal justice and the apartheid state and the racial factor in the law of evidence.

"Race and the individual" (Part C) examines the regulation of family life, influx control, black land tenure and the position of women. Of these issues, the contributions on influx control and land tenure are important because of the recent attention given them by the legislature. The current approach to influx control is now one of so-called orderly urbanisation. Crucial to the urbanisation issue is the availability of land, the question of the rights of persons to the land and the potential for township development. These inter-related issues are discussed by both contributors who clearly show that even though some rights have been granted, for example in terms of the Black Communities Development Act 4 of 1984, especially as amended by Act 74 of 1986, many disabilities still remain.

The next section (Part D), dealing with race and commerce, covers issues such as representation and tax, labour law, consumer rights and commercial activity.

Part E, "Race and rights", deals with citizenship and social rights. The contribution on citizenship is a welcome one, with all the anomalies surrounding the issue being clearly indicated.

As a conclusion, there are some reflections on race and change.

The technical standard of the publication is good. The most unfortunate error (one of few) is the incorrect running header on 59, 61, 63 and 65, which should be "Race and the courts" and not "Race and the franchise". It is not easy to bring together the styles of so many different individuals and both the editors and the publisher have succeeded in maintaining a consistency throughout the work, more particularly in the notes to the text. The index, an important part of any book, succeeds in its purpose. A table of cases and a table of statutes are provided.

It is unfortunate that we live in a country where the publication of a work of this nature is necessary. One trusts, however, that if this book is widely read the effect of its contents will result in positive change.

JEANNIE VAN WYK
University of South Africa

INTRODUCTION TO LAND LAW
by JG RIDDALL
Fourth edition; Butterworths London Edinburgh 1988; xlix and 517 pp
Price not mentioned (soft cover)

This publication is the fourth and revised edition of Riddall's introduction to land law. The book covers all aspects of English land law, from tenure and estates through trusts, equitable interests, co-ownership, leases, easements, covenants and mortgages. A new chapter entitled "What is land law all about?" offers a lucid introduction to those who are unfamiliar with English land law. The style and clear explanations of later chapters makes this publication a good starting point for those who want to learn something about the basics of English land law. There is a short list of references and comprehensive tables of statutes and cases as well as an index.

AJ VAN DER WALT
University of South Africa

It is with infinite caution that any man ought to venture upon pulling down an edifice which has answered in any tolerable degree for ages the common purposes of society (*per* Burke *Reflections on the French revolution* 90).